

Kvalifikasjonsprinsippet ved offentlige ansettelser

Kandidatnummer: 520

Veileder: Nina Kroken

Leveringsfrist: 27. november 2006

Til sammen 17.958 ord

24.11.2006

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	1
1.1	Aktualitet og problemstilling	1
1.2	Avgrensning og definisjoner	3
2	KVALIFIKASJONSPRINSIPPET	7
2.1	Begrepene utdanning, praksis og personlige egenskaper	11
2.2	Faglige egenskaper - relevant utdanning og praksis	11
2.3	Personlige egenskaper/personlig skikkethet	14
2.3.1	Vektleggingen av personlige egenskaper	17
2.3.2	Har arbeidsgiver i dag anledning til å spørre om søkerens sykefravær?	19
2.3.3	Forventet fravær pga. politiske verv	20
2.3.4	Lovbestemte krav tilandel	21
2.3.5	Ikke lovbestemt krav tilandel	22
2.3.6	Hvem har risikoen dersom spørsmålet var saklig å stille	24
2.3.7	Forhold utenfor søker	24
2.4	Begrenser utlysningsteksten tilsettingsorganets vurdering av de faglige og personlige egenskapene?	25
2.5	Oppsummering	26
3	VILKÅR/HENSYN NEDFELT I FORMELL LOVS FORM OG VILKÅR I TARIFFAVTALER	27
3.1	Spesielle lovregler	27
3.2	Generelle lovregler	27

3.3	Tariffavtaler	28
4	ANDRE HENSYN UTOVER KVALIFIKASJONSPRINSIPPET.....	29
4.1	Relevante rettskilder ved kartleggingen av saklige hensyn	29
4.2	Rettskildemessig vekt/relevans av lov som aldri ble satt ut i kraft.....	29
4.3	Rettskildemessige vekt/relevans av sivilombudsmannens uttalelser.....	30
4.4	Ulike hensyn og vektleggingen av disse utover en ren kvalifikasjonsbedømmelse	32
4.5	Søkerhensyn.....	32
4.5.1	Kan sosiale/velferdsmessige forhold tillegges vekt?	32
4.5.2	Kan sosiale/velferdsmessige forhold vektlegges der den ene søkeren er klart bedre kvalifisert?..	33
4.5.3	Har ansettelsesmyndighetene undersøkelsesplikt?	35
4.5.4	Sosiale hensyn regulert i lov	36
4.5.5	Hensynets relative vekt i forhold til stillingens art	36
4.5.6	Oppsummering	37
4.6	Offentlige hensyn.....	37
4.6.1	Kontinuitet	37
4.6.2	Alderens betydning	38
4.6.3	Overkvalifisert arbeidskraft	42
4.6.4	Stabil arbeidskraft.....	43
4.6.5	Økonomiske og sysselsettingsmessige hensyn	44
4.6.6	Organisatoriske hensyn.....	45
4.6.7	Oppsummering	47
5	ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER	47
5.1.1	Fvl.§35(1)(c) ugyldige vedtak	48
5.1.2	Ugyldighetsvurderingens to kumulative vilkår.....	48
5.1.3	Følgene av ugyldighet.....	49
5.1.4	Fvl.§35(5) Omgjøring etter uskrevne regler	50
5.1.5	Erstatning for økonomisk tap - erstatningsbetingelsene	51

5.1.6	Ansvarsgrunnlag	51
5.1.7	Årsakssammenheng	52
5.1.8	Økonomisk tap og erstatningsutmåling	54
6	DOMSTOLSBEHANDLING	54
6.1	Det offentlige passive søksmålskompetanse	55
6.2	Følgene av en ugyldighetsdom	57
6.2.1	Rettsvirkningen der bare arbeidsgiver er saksøkt	57
6.2.2	Rettsvirkningen der både arbeidsgiver og den tilsatte er saksøkt	59
7	LITTERATURLISTE	61
7.1.1	Bøker med opptil 3 forfattere.....	61
7.1.2	Bøker med mer enn 3 forfattere.....	62
7.1.3	Kapitler i bøker.....	62
7.1.4	Artikler	62
7.1.5	Studentavhandling	63
7.1.6	Rapporter	63
7.1.7	Forarbeider.....	63
7.1.8	Lover.....	64
7.1.9	Forskrifter	65
7.1.10	Rettspraksis fra Høyesterett.....	65
7.1.11	Øvrig norsk rettspraksis.....	66
7.1.12	Internasjonal rettspraksis.....	66
7.1.13	Sivilombudsmannens praksis	66

1 INNLEDNING

1.1 Aktualitet og problemstilling

I den offentlige sektor fremgår de aller fleste formelle saksbehandlingsregler av forvaltningsloven,¹ supplert av offentlighetsloven² og de forvaltningsrettslige grunnprinsipper. Et eksempel på et slikt grunnleggende prinsipp er forvaltningens saklighetsprinsipp om at den best egnede søker skal ansettes, ofte omtalt som kvalifikasjonsprinsippet. Hensynet til likebehandling er et bærende hensyn bak dette kvalifikasjonsprinsippet og den alminnelige saklighetsnorm i sin helhet, som dette prinsippet må anses en del av. Kvalifikasjonsprinsippet får bare anvendelse i statlig, fylkeskommunal og kommunal forvaltning. Prinsippet er i det store og hele ulovfestet, men er unntaksvis kommet til uttrykk i formell lovs form for enkelte stillingskategorier, se f.eks. opplæringslova(oppl.)§10-5.³

Det kan likevel sies å gjelde et saklighetsprinsipp i privat sektor også, men da i en mer avdempet form. At det finnes et slikt saklighetsprinsipp i privat sektor er nå uttrykkelig fastslått i rettspraksis.⁴ At forvaltningens saklighetsprinsipp er strengere enn det som gjelder ved private ansettelser, skyldes at ansettelse i offentlig tjeneste står i en annen stilling. Ved offentlige ansettelser skal fellesskapets interesser ivaretas og er således ikke noe privat anliggende.

¹ LOV-1967-02-10

² LOV-1970-06-22-8

³ LOV-1998-07-17-61

⁴ Jfr.Rt-2001-418

Den offentlige sektor er i dag allerede arbeidsplassen for mange mennesker i Norge og vil være det også i årene som kommer. Pr.1.januar 2004 var det sysselsatt, etter yrke i privat/offentlig virksomhet, 2.276000 mennesker. Ser man på den offentlige sektor isolert sett, var tallet på sysselsatte 741.000, noe som tilsvarer ca 33% av det totale antall sysselsatte.⁵ For den person som søker en stilling i det offentlige får ansettelsesvedtaket naturligvis betydning for personens fremtidige arbeidssituasjon. Ansettelsesvedtaket vil derfor kunne få en direkte innflytelse på forhold som lønn, yrkesstilling, arbeidsområde o.l. samt andre mer indirekte konsekvenser som valg av bosted og den generelle trivsel. Særlig der hvor det offentlige har en monopolstilling eller en tilnærmet monopolstilling vil betydningen av et ansettelsesvedtak være stor. Valg av alternativ arbeidsgiver vil her være utelukket eller særlig begrenset. Stillinger innen politi- og påtalemyndighet, innen forsvaret og prestestillinger innen statskirken, er det offentlige eneste potensielle arbeidsgiver. På enkelte områder er det de senere årene blitt åpnet opp for noe privatisering, som i helse og utdanningssektoren. Her finnes det alternative arbeidsgivere, men det er fremdeles slik, at hovedvekten av arbeidsplassene befinner seg i den offentlige sektor. Svært stor betydning vil kvalifikasjonsprinsippet derfor få der hvor den søkende har spesialutdannelse, erfaringer og interesser for ulike typer arbeid som det offentlige er helt eller tilnærmet alene om å tilby.

Kvaliteten på forvaltningens virksomhet avhenger i stor grad av kvaliteten på de personer som arbeider der. Slik ser vi at kvalifikasjonsprinsippet er minst like viktig for det offentlige selv, som den er for den enkelte. Hovedhensynet bak kvalifikasjonsprinsippet er da også å sikre at forvaltningen rekrutterer de personer som besitter best mulig kompetanse sett i forhold til de arbeidsoppgaver det offentlige skal utføre.⁶ Feilvurderinger her kan derfor koste arbeidsgiveren dyrt. Det finnes også andre grupper som blir berørt dog mer indirekte. Forvaltningens brukere er et eksempel på det, siden de naturligvis har interesse av at forvaltningens ytelser rent kvalitetsmessig befinner seg så høyt oppe som mulig. At ansettelseshandlingen skjer på en korrekt måte er også viktig for den alminnelige tillit og

⁵ Statistisk årbok 2005, s.124

⁶ Somb-2005-5

respekt for forvaltningen. Hvis det er mistanke om at det er tatt utenforliggende hensyn i ansettelsesprosessen kan dette gi grobunn for mistillit. Det er derfor riktig å si at vektleggingen av kvalifikasjonsprinsippet er viktig både for den arbeidssøkende selv, forvaltningen og samfunnet forøvrig. Siden den offentlige sektor fordrer så mange arbeidsplasser, innebærer dette at prinsippet får stor betydning og aktualitet.

Målet med oppgaven blir for det første å finne ut hvordan kvalifikasjonsprinsippet begrenser forvaltningens valg av arbeidstakere og for det andre hvilken rettslig betydning et brudd på dette kan få. Hovedvekten blir her lagt på det første.

1.2 Avgrensing og definisjoner

I oppgaven tar jeg bare for meg *ansettelser* av offentlig tjenestemann. Ansettelse eller tilsetting (som er det navn tjenestemannsloven benytter) er det som etablerer rettsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.⁷ Her vil både ansettelse på ubestemt tid (fast ansettelse) og ansettelse av midlertidig karakter omfattes.

En slik avgrensning innebærer at tildeling av funksjoner, som også omfattes av kvalifikasjonsprinsippet, ikke blir behandlet.⁸ Videre vil ansettelseskravet utelukke selvstendige oppdragsgivere da disse ikke står i noe ansettelsesforhold. Valgte eller oppnevnte medlemmer av utvalg, nemnder, råd, styrer og andre kollegiale forvaltningsorganer (ombud og tillitsmenn) er heller ikke å anse som tilsatt og faller således utenfor oppgavens ramme.

Offentlig tjenestemann er i videste forstand alle som er ansatt i statens, kommunens eller fylkeskommunens tjeneste, men vil her bli brukt i en snevrere betydning.⁹ Det er flere måter å begrense tjenestemannsbegrepet på. Jeg begrenser i utgangspunktet begrepet

⁷ Engelsrud, Styring og vern (Oslo 2006) s. 49

⁸ Somb-2004-17

⁹ jfr. Jakhelln (Knophs) s. 614

offentlig tjenestemann etter den definisjon en finner i tjenestemannsloven (tjml.).¹⁰ I tjml§2(2)2.pkt. defineres ”tjenestemann” som enhver arbeidstaker i statens tjeneste som ikke er embetsmann. Begrepet embetsmenn er definert i tjml.§1nr.2. Etter denne bestemmelse er embetsmenn den som er utnevnt av Kongen og gitt bestalling, eller den som er konstituert av Kongen i et embete. Men i likhet med avgrensningen etter fvl.§2(d) vil også de kommunale og fylkeskommunale tjenestemennene bli tatt med.

Med offentlig tjeneste siktes det her til både statlig, fylkekommunal og kommunal virksomhet. Det offentlige virksomhet er omfattende og oppgavens omfang fordrer her en avgrensning. Det følger av tjml.§1 at tjenestemannsloven gjelder for ”arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste”. Hva som er ” statens tjeneste” er ikke et begrep som det er mulig å definere ut ifra statiske juridiske prinsipper. Dette skyldes at statens oppgaver kan forandre seg med tiden. Eksempelvis er det flere typer oppgaver som før i tiden var utpreget statlige, men som i dag utføres av private selskaper. Dette skyldes særlig utviklingen ved å omgjøre forvaltningsbedrifter til selvstendige rettssubjekter. Televerket og NRK er to av flere eksempler på forvaltningsbedrifter som er blitt omdannet til aksjeselskaper. For statens del er det vanlig å dele virksomheten inn i to hovedtilknytningsformer. Den ene tilknytningsform er det en kaller forvaltningsorganer dvs. de ordinære forvaltningsorganer og forvaltningsbedrifter. Den andre tilknytningsform er de statseide selskaper som statsaksjeselskap, statsforetak eller særlovsselskap. Det er bare de tilsatte i ordinære forvaltningsbedrifter og forvaltningsorganer som går inn under tjenestemannsloven.¹¹ Oppgaven vil også følge en slik avgrensning slik at egne rettssubjekter som aksjeselskaper, stiftelser osv. ikke omfattes av oppgaven. Samme avgrensning vil gjelde for kommunesektoren, slik at oppgaven ikke omfatter kommunale, fylkeskommunale eller interkommunale selskaper organisert som egne rettssubjekter.

Men selve kvalifikasjonsprinsippet kan ha større rekkevidde enn denne virksomhets avgrensning. Offentligrettslige regler kan i enkelte tilfeller gjelde for virksomheter som

¹⁰ Lov-1983-03-04-3

¹¹ Jfr.Bjørnaraa ofl., Norsk tjenestemannsrett(Oslo 2002)s.90

organisatorisk er av privat karakter. Det kan være forhold som utøving av forvaltningsmyndighet og kontroll eller økonomisk støtte fra det offentlige som kan medføre at offentligrettslige regler og prinsipper skal anvendes i tillegg til det regelsett som gjelder for private arbeidsgivere.¹² Sivilombudsmannens arbeidsområde omfatter hele den offentlige forvaltning jfr.sivilombudsmannsloven(ombml.)§§3-4.¹³ Begrepet ”offentlig forvaltning” er her blitt tolket svært vidt vedrørende private helse og sosialinstitusjoner. Sivilombudsmannen har således etter en helhetsvurdering, blant annet basert på kontrollmuligheter og økonomisk støtte, behandlet saker vedrørende tilsetting på dette området.¹⁴ Et eksempel er Somb-1976-1. Saken gjaldt en klage om forbigåelse i forbindelse med tilsetting av styrer ved en skole og et daghjem, tilknyttet en institusjon for psykisk utviklingshemmede. Institusjonen ble drevet av en privat forening og tilsetting var foretatt av institusjonens styre. Etter min oppfatning ligger det en forutsetning om at kvalifikasjonsprinsippet legges til grunn når det uttales:” Avgjørelsen av hvem som skulle ansettes måtte bero på en samlet vurdering av søkerens kvalifikasjoner og personlige egenskaper sett i forhold til stillingen og institusjonens behov”. I Somb-1989-72 virker sivilombudsmannen derimot litt mer reservert. Her uttaler sivilombudsmannen at alminnelige prinsipper for utvelgelse og tilsetting som gjelder i det offentlige, ikke uten videre kan overføres på private institusjoner. Men uttaler videre at det ” imidlertid er usikkert hvorvidt det såkalte offentligrettslige kvalifikasjonsprinsipp.....kan sies å gjelde ved tilsetninger i private institusjoner”. Ut i fra dette kan det derfor ikke utelukkes at kvalifikasjonsprinsippet etter omstendighetene, kan få anvendelse ved slike private institusjoner.

I forhold til kvalifikasjonsprinsippet anvendelsesområde, er en uttalelse fra ombudsmannen i Somb-2005-5 av interesse. Uttalelsen handlet om bruken av private rekrutteringsbyråer: ”Det er ikke grunn til å rette innvendinger mot denne utviklingen rettslig sett, men den stiller krav til at forvaltningen er seg sitt arbeid bevisst når det gjelder saksbehandlingen.

¹² Smith, LoR-1981-275s.276

¹³ Lov-1962-06-22-8

¹⁴ Somb-1976-1,Somb-1977-83

*Det er grunn til å understreke at kravene til saksbehandlingen ved tilsettinger i offentlige stillinger også må gjelde når deler av **tilsettingsprosessen** overlates til private firmaer. Slike firmaer kan ikke anses som forvaltningsorganer etter forvaltningsloven §1, og forvaltningsloven kommer ikke til anvendelse på deres virksomhet. En offentlig tilsettingsmyndighet kan imidlertid ikke organisere seg bort fra forvaltningslovens krav til behandling i enkeltsaker. Den offentlige tilsettingsmyndighet er ansvarlig for at kravene til saksbehandling er oppfylt, også der det søkes bistand fra private aktører. Tilsettingsmyndigheten kan ikke utelukkende bygge på private firmaers vurderinger, men er forpliktet til å foreta en selvstendig vurdering av saken”*

Særlig setningen” *Det er grunn til å understreke at kravene til saksbehandlingen ved tilsettinger i offentlige stillinger også må gjelde når deler av tilsettingsprosessen overlates til private firmaer”* er her viktig. Dette må etter min mening tilsi alle typer saksbehandlingsregler som forvaltningen er forpliktet til å følge, både de ulovfestede prinsipper så vel som de saksbehandlingsreglene en finner i forvaltningsloven. Sivilombudsmannen uttaler også at forvaltningen ikke kan organisere seg bort fra forvaltningslovens krav i enkeltsaker. Rettferdighetsbetraktninger og rettsikkerhetshensyn taler også for at det samme må gjelde for kvalifikasjonsprinsippet. Noe annet ville være urimelig, og føre til at man i mindre grad vil kunne forutberegne sin egen rettsstilling. Hele formålet med prinsippet dvs. å ”få best person på rett plass” vil kunne bli undergravet. Faren for at det blir tatt utenforliggende hensyn i tilsettingsprosessen og den generelle rettsusikkerhet dette vil medføre, vil øke. Reelle hensyn taler her klart for at forvaltningen heller ikke kan organisere seg bort fra dette ulovfestede prinsipp. Kvalifikasjonsprinsippet får derfor anvendelse også der private firmaer blir brukt til å plukke ut aktuelle søkere. Forvaltningen er forpliktet til å foreta selvstendige vurderinger og har selv ansvaret for at dette prinsippet har blitt fulgt, i det de fatter sitt ansettelsesvedtak. En annen prinsipiell annerledes situasjon har vi der hvor det offentlige benytter seg av innleid arbeidskraft fra rekrutteringsbyråer som ofte er organisert som et aksjeselskap. Her må organisasjonsformen være avgjørende, slik at kvalifikasjonsprinsippet ikke får anvendelse når det private rekrutteringsbyrået ansetter arbeidstakere. Et unntak kan

muligens tenkes der det offentlige selv, eksempelvis en kommune, oppretter et eget rekrutteringsbyrå organisert som et aksjeselskap. Det inngås så en avtale mellom kommunen og rekrutteringsbyrået hvor rekrutteringsbyrået forplikter seg til å leie ut arbeidskraft til kommunen. Det kan tenkes at det også fra aksjeselskapets vedtekter fremkommer at utleie bare, eller i det alt vesentlige skal skje til denne kommunen. Her kan ikke organisasjonsformen være ubetinget avgjørende for om kvalifikasjonsprinsippet kommer til anvendelse eller ikke. Dette må avgjøres etter en helhetsvurdering hvor en også må vektlegge de funksjonelle sider ved en slik organisering. Her vil rekrutteringsbyrået kunne ha faktisk monopol på utleie av arbeidskraft til kommunen. I tillegg kan rekrutteringsbyrået bli brukt som et redskap for kommunens ansettelsespolitikk. Etter mitt skjønn taler dette for at kvalifikasjonsprinsippet burde komme til anvendelse også ved slike tilfeller.

Når jeg i oppgaven bruker ord som ”det offentlige”, ”forvaltningen” ”den offentlige sektor” blir disse brukt om hverandre som en fellesbetegnelse, og sikter til den del av den offentlige virksomhet som denne oppgaven er avgrenset til. I forbindelse med kvalifikasjonsprinsippet, vil ordene kvalifisert, egnethet og skikkethet ha samme materielle innhold og innebærer at søkeren innehar de ferdighetene som normalt forutsettes til den aktuelle stillingen.

2 KVALIFIKASJONSPRINSIPPET

Kvalifikasjonsprinsippet er gjennom opplæringslova blitt lovfestet for visse arbeidstakere i kommunal og fylkeskommunal sektor. Loven omfatter undervisningsstillinger og rektorer. Oppl.§10-5 har overskriften ”*Val mellom fleire søkjarar*” og lyder:

”Når ein må velje mellom fleire søkjarar til den same stillinga, skal det leggjast vekt på utdanning og praksis, kva undervisningsbehov tilsetjinga skal ta sikte på å dekkje, og kor kvalifisert søkjaren elles er for stillinga.”

Forarbeidene til denne bestemmelsen er derfor av interesse. I ot.prp.nr.46(1997-1998)pkt.31 uttaler departementet i forhold til oppll.§10-5:

”Regelen lovfester det allmenne forvaltningsrettslige prinsippet om tilsetjing av den best kvalifiserte søkjaren. Den tilsetjande styresmakta skal såleis velja blant den best kvalifiserte søkjaren som oppfyller kompetanse krava i lova eller forskrifta. Regelen klargjer blant anna at personlege eigenskaper er eit relevant kriterium. Det vil såleis i mange tilfelle vere naturleg at intervju blir brukt som ein del av tilsetjingsprossessen”.

Siden regelen i oppll.§10-5 er en lovfesting av kvalifikasjonsprinsippet innebærer dette at uttalelsen i forarbeidene og senere rettspraksis knyttet til denne bestemmelsen, vil ha relevans i forhold til kvalifikasjonsprinsippet generelt.

Før opplæringslova er kvalifikasjonsprinsippet blitt slått fast og utpenslet gjennom rettspraksis, forvaltningspraksis, ombudsmannspraksis og juridisk teori.¹⁵ At prinsippet er gammelt ser vi blant annet ut fra at prinsippet allerede ble berørt i forarbeidene til den første tjenestemannsloven av 1918. I Ot.prp.nr.38(1915)s.33, uttales det at *”aspiranternes kvalifikationer blir grunnlaget for senere ansættelser i offentlig tjeneste”*

Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen) har gjentatte ganger trukket frem dette prinsippet som det grunnleggende utgangspunkt, ved sin behandling av klager ved tilsettingsvedtak. Sivilombudsmannen uttaler således:

”Grunnprinsippet ved tilsettinger i offentlig forvaltning gjelder det såkalte kvalifikasjonsprinsippet. Siktemålet i en tilsettingssak skal normalt være å finne frem

¹⁵Se f.eks.Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1 og Rt-1976-614

til den som ved en helhetsvurdering må anses best kvalifisert for den aktuelle stillingen. Ved vurderingen skal det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, i tillegg til eventuelle lov- og avtalefestede krav. Forøvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet. Kvalifikasjonsprinsippet gjelder som et ulovfestet prinsipp for tilsetning i det offentlige generelt, både statlig, kommunal og fylkeskommunal forvaltning”¹⁶

Det følger her at kvalifikasjonsvurderingen skal skje etter en helhetsvurdering av søkeren sett i forhold til de oppgaver som stillingen omfatter, noe som normalt vil kunne fremkomme av utlysningsteksten. For statlige stillinger, følger det av tjml.§2 at ledige embeter og stillinger som hovedregel skal kunngjøres offentlig.¹⁷

Enkelte særlover oppstiller krav til offentlig utlysning også i kommunal og fylkeskommunal sektor, f.eks. oppll.§10-4. Det kan likevel spørres om det kan oppstilles et generelt utlysningskrav for kommunal og fylkeskommunal sektor. Hovedprinsippet bak kvalifikasjonsprinsippet, om at det offentlige skal tilsette den best kvalifiserte person til stillingen, tilsier at fylkeskommunale og kommunale stillinger utlyses offentlig, slik at alle aktuelle søkere kan nås.¹⁸ Å ha et slikt krav kan også forhindre at personer i ledende stillinger vil føle seg presset til å bare utlyse stillingen internt f.eks. i en kommune. Slik intern utlysning vil favorisere personer innen den aktuelle kommune på bekostning av andre potensielt bedre kvalifiserte søkere. Det finnes likevel hensyn som taler mot at offentlig utlysning bør gjelde som en ubetinget hovedregel i alle tilfeller. Det kan være at det oppstår et prekært behov for hurtig ansettelse av ulike årsaker eller det er tale om vikariater for en kortere periode. I disse tilfellene vil et krav til offentlig utlysning lett kunne fremstå som praktisk uhensiktsmessig.¹⁹ Dette støttes av at det også i staten finnes unntak fra hovedregelen om utlysningen. Det fremkommer av tjml.§6nr.1 at kravet om

¹⁶ Sombu-2005-5

¹⁷ Se:også universitetsloven(LOV-2005-04-01-15)§6-3

¹⁸ Jfr.Sombu-2005-5

¹⁹ Jakhelln, oversikt over arbeidsretten(Oslo 2006)s.188

offentlig kunngjøring ikke gjelder ved ansettelse eller konstitusjon for kortere tid en seks måneder. Hovedregelen vil vel på bakgrunn av kvalifikasjonsprinsippet og god forvaltningsskikk være at en bør utlyse stillingen offentlig der det er tale om stillinger som skal besettes over lengre tid.²⁰

Å ansette nye medarbeider i det offentlige kan ofte fortone seg som en omstendig og tidkrevende prosess. Første fase av ansettelsesprosessen kan en kalle for utlysningsfasen. Når forvaltningen har foretatt offentlig utlysning vil de typisk få et visst antall søkere til den stillingen som er utlyst. Typisk vil det være flere søkere som konkurrerer om den samme stillingen. Da beveger vi oss over til det som en kan betegne som valgfasen. I valgfasen velger forvaltningen ut en eller flere av søkerne som foretrekkes fremfor andre. Søkerne blir således rangert på en liste fra den mest til den minst aktuelle kandidat.

Når offentlige stillinger har vært utlyst og søknadsfristen er utløpt, skal det snarest oppstilles en søkerliste jfr.offvl.§6nr.4. Søkerlisten skal inneholde søkerens navn, alder, stilling eller yrkestittel og bosteds- eller arbeidskommune. Denne søkerliste er offentlig tilgjengelig jfr.offhl.§2. For søkere selv gjelder også en egen forskrift om partsoffentlighet.²¹ Denne forskriften trer istedenfor forvaltningsloven bestemmelser om partenes rett til å bli kjent med dokumentene i en sak jfr.forskriften§1 og fvl.§18. Alle søkerne har krav på opplysninger om søkerens navn og alder samt fullstendige opplysninger om deres utdanning og praksis i offentlig og privat virksomhet jfr.forskriften§2. Søkerne har likevel ikke krav på å få gjøre seg kjent med de vurderinger som er foretatt om søkeren selv eller om andre søkere. Dette være seg vurderinger foretatt av ansettelsesmyndigheten, de innstillende organer, tidligere arbeidsgivere, rådgivere eller sakkyndige jfr.forskriften§3. Forskriftens bestemmelser er ikke til hinder for at slike vurderinger kan bli gitt jfr.fvl.§19(meroffentlighet).²²

²⁰ Se:Somb-2005-20

²¹ FOR-1980-11-21-13

²² Se:Somb-1997-32

Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at det er den best kvalifiserte søker som skal få jobben og det ut i fra en så objektiv norm som mulig. Det materielle spørsmålet blir derfor hvilke kriterier eller saklige hensyn det er tillatt for forvaltningen å vektlegge ved ansettelser. Dette vil være bestemmende for hvilken søker som til slutt blir ansatt. Å avklare dette, er viktig både for arbeidsgiver selv og arbeidstakere som befinner seg i en konkurransesituasjon med andre arbeidstakere om den samme stillingen.

2.1 Begrepene utdanning, praksis og personlige egenskaper

Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at det foretas en skjønnsmessig avveining av de momenter som er relevante.²³ Faglige egenskaper utgjør sammen med personlige egenskaper selve skikkethetsvurderingen. Begge disse egenskaper er knyttet til søkeren som person og det kan være vanskelig å oppstille noe klart skille. Men for tanken kan en slik inndeling likevel synes praktisk. Når forvaltningen skal finne frem til den søkeren som er best skikket vil dette i praksis medføre at det foretas en bred helhetsvurdering. Ved en slik helhetsvurdering vil disse kriteriene ha en tendens til å flyte i hverandre.²⁴ Nedenfor vil jeg prøve å beskrive og vurdere de ulike kriteriene av kvalifikasjonsprinsippet.

2.2 Faglige egenskaper - relevant utdanning og praksis

Hva forvaltningen mener en stilling fordrer av utdanning fremkommer ofte av kunngjøringsteksten. Utdannelseskravet kan være både konkret eller generelt definert. En generell definert kunngjøringstekst kan gå ut på at den krever at søkere har en utdanning av ”høyere grad tilsvarende mastergrad av 5 års varighet”. Dette vil nødvendigvis innebære at all type femårig master fra universitet og høyskoler teller likt. Hovedfag som tidligere tilsvarte mastergrad i den tidligere gradsstruktur ved universitetene i Norge, vil også telle med på samme måte.

²³ Jfr.NAD-1981-83-786

²⁴ Engelsrud, op.cit.s.56

Når det gjelder praksis er det selvfølgelig bare relevant praksis en skal legge vekt på. Dette kan være relevant arbeidsforhold og annen erfaring etter endt utdanning, men det må også kunne legges vekt på relevant praksis en har opparbeidet seg før man er ferdig utdannet. Tjenestegjøring innenfor politiet før avlagt juridisk embetseksamen kan således komme i denne gruppe.²⁵ Det er uklart hvorvidt praksis oppnådd ved arbeidsmarkedstiltak kan være relevant. Kommunal og arbeidsdepartementet synes å mene at en slik praksis burde ha betydning ved kvalifikasjonsvurderingen.²⁶ Formålet bak kvalifikasjonsprinsippet er å ansette den søker som besitter de beste kvalifikasjonene. Etter mitt skjønn taler dette for at all relevant praksis må telle med, uansett om den er tilegnet på den ene eller på den annen måte.

At det bare er den relevante utdanning og praksis som kan vektlegges, fremkommer blant annet av en lagmannsrettsdom fra Eidsivating lagmannsrett. Saken gjaldt et vedtak om ansettelse av en ligningssjef i Bjarkøy kommune.

*”Ved vurdering av søkerens faglige egenskaper vil det først og fremst være den spesielle fagutdanning og fagpraksis som knytter seg til likningsarbeid som vil være av interesse. Når det gjelder utdanning fra andre fagområder, allmennutdanning og praksis fra andre lovsområder osv. kan det ikke uten videre legges vekt på slike forhold, men det må kunne påvises en sammenheng mellom disse forhold og de krav vedkommende stilling setter til den ansatte.”*²⁷

Det følger av dette at utdanning og praksis bare er relevant sett i forhold til stillingens behov og mål. Dette innebærer at det nødvendigvis må være en sammenheng med den praksis og/eller utdanning en søker har og de krav en stilling setter til den ansatte. Det er ikke alltid like opplagt hvilke type fag som er relevant for en stilling. De fleste stillinger har allikevel et visst faglig preg som vil indikere hva som er mer eller mindre faglig relevant. I en stilling som juridisk konsulent innenfor forvaltningen fremkommer det sett i forhold til det juridisk fagfelt stillingen omfatter, rimelig klart hvilken type utdanning og praksis som

²⁵ jfr. Bjørnaraa, op.cit.s.206-207

²⁶ Somb-1986-2

²⁷ Se NAD-1981-83-786 og Trøder, Sakelige hensyn i offentlig tjeneste(Oslo 1975)s.29-30

er relevant. Der hvor stillingen har mindre preg av å være en typisk fag eller profesjonsstilling må de faglige kunnskaper nødvendigvis vektlegges mindre i ansettelsesvurderingen. Ved tilsetting av vaskehjelp hvor det ikke finnes noen formell utdanning (bortsett fra evt. kortere kurs) vil nok praksis ha mye å si.

Det er også her forskjell på stillinger som er såkalt begynnerstillinger (stilling på lavt nivå) og lederstillinger og andre høyere stillinger innad i forvaltningen. Ved en begynnerstilling som saksbehandler på sosialkontoret, er det grunn til å tro at utdannelsen og den kompetanse den gir uttrykk for, vil telle mer enn det den vil gjøre for lederstillinger. For en saksbehandler på sosialkontoret kan relevant utdanning være sosionomutdanning, barnevernspedagogutdanning o.l. Mange ferdigutdannede med slik utdanning søker seg til slike jobber, gjerne fordi det er en naturlig start på arbeidslivet. Siden slike søkere har liten eller ingen erfaring (bortsett fra obligatorisk praksis under studiet), kan det være at det bare er selve utdanning som kan gi ansettelsesmyndigheten indikasjon på om søkeren innehar de forsvarlige eller nødvendige faglig kvalifikasjoner. For lederstillinger vil nok utdanning være et tellende moment, men av mindre vekt enn relevant praksis og ansiennitet.²⁸

Vurderingstemaet synes strengt knyttet opp til faglige egenskaper ved den aktuelle stilling. Det må likevel i enkelte tilfelle være rimelig å vektlegge arbeidspraksis som ikke faller inn under kriteriet relevante faglige egenskaper. Allsidig arbeiderfaring kan eksempelvis vise at søkeren er villig til å stå på og jobbe hardt uansett hvilke oppgaver han/hun blir satt til å utføre. Dersom en søker kan vise til en arbeidspraksis som gir uttrykk for at søkeren behersker å ha "flere jern i ilden" og samtidig prestere gode resultater, kan dette vitne om stor generell arbeidskapasitet, omstillingsevne o.l. Likeledes kan arbeidspraksis eksempelvis si noe om hvilke leder og samarbeidsegenskaper søkeren besitter. Men det blir vel her heller naturlig å vektlegge slik praksis som "bevis" på hvilke personlige egenskaper en søker måtte inneha. Dette viser likevel at annen arbeidspraksis kan få betydning og ikke nødvendigvis er irrelevant ved kvalifikasjonsvurderingen.

²⁸ Somb-1999-41 (illustrerer at relevant praksis og ledererfaring var viktigere enn utdanning ved utlysning av stilling som kontorsjef.)

2.3 Personlige egenskaper/personlig skikkethet

Det er ikke alltid det er nok å være faglig kvalifisert. Søkeren må også vise seg å være **personlig skikket** for stillingen. Et annet ord for dette kvalifikasjonskriteriet er **personlige egenskaper**.²⁹ Personlige egenskaper er mer knyttet til den enkelte søkerens personlighet enn faglige egenskaper. Dette kan være egenskaper som er arvelig eller mer tillærte som følge av miljø, generell livserfaring eller en kombinasjon av disse. Dette kan være evner til å kommunisere, skape tillit og å kunne samarbeide med andre mennesker. Andre egenskaper kan være evnen til besluttosomhet og evnen til å skape eller vise lojalitet. Søkerens generelle syn på livet og prosesser i samfunnet samt moralske kvaliteter, spiller også inn her.³⁰

Hva som kreves av personlige egenskaper kan fremkomme av selve kunngjøringen. Men det er ikke alltid at kunngjøringsteksten gir oss så mye veiledning da begrepene gjerne er vage. Det kan fremkomme av utlysningsteksten at det legges vekt på hensyn som ”lederegenskaper”, ”skikket til stillingen”, ”samarbeidsvilje” o.l. Der hvor forvaltningen først velger å komme med visse kriterier, er det mest hensiktsmessig både for søkeren og ikke minst for forvaltningen selv, at kunngjøringsteksten prøver å klargjøre innholdet av de krav som stilles til stillingen.³¹ Der hvor kunngjøringsteksten bruker vage begreper eller hvor det til dels mangler angivelse av hvilke personlige egenskaper som trengs, blir dette en vurdering i forhold til den aktuelle stilling som skal besettes. Det vil likevel ikke innebærer at alle positive eller negative egenskaper en person måtte ha, vil kunne være relevante. Personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver, **må** være relevant i denne vurderingen. For en lærer vil det være saklig og lovlig å vektlegge hensyn som pedagogiske evner og evnen til å undervise.³² Ved

²⁹ Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1

³⁰ Tønder, op.cit.s.25

³¹ Jfr.Bjørnaraa, op.cit.s.207

³² NAD-1987-1075

stilling som kommunekasserer er det antatt i NAD-1986-151 at en ved kvalifikasjonsbedømmelsen må ta hensyn til søkerens lederegenskaper.³³

Å få klarlagt en søkers personlige egenskaper er ikke alltid lett. Ofte mangler det målbare, objektive ytre kjennetegn på slike egenskaper. I denne forbindelse har sivilombudsmannen uttalt:

*”Jeg finner det likevel grunn til å bemerke at dersom **personlig skikkethet** skal kunne godtas som avgjørende for en kvalifikasjonsvurdering, må tilsettingsorganet ha tilstrekkelig grunnlag for å vurdere samtlige aktuelle søkers personlige skikkethet på en tilfredstillende måte. I forhold til søkere som tilsettingsorganet ikke har tilstrekkelige kunnskap om fra tidligere, må slik kunnskap måtte bringes til veie gjennom intervju og ved å kontakt tidligere referanser”.*³⁴

Sivilombudsmannen nevner intervju³⁵ og informasjon fra tidligere referanser. Det må også være adgang til, i hvert fall som et supplement til intervju og innhenting av informasjon, å anvende personlighetstester.³⁶ Personlighetstester og seminarer hvor arbeidssøkende skal bevise samarbeidsevne og problemløsningskapasitet er da også blitt vanligere både i privat og offentlig sektor i de senere årene. Kvaliteten av slike tester kan dog variere og det kan også være omtvistet hvilke egenskaper en del av de tester som brukes, egentlig er egnet til å avdekke. Dette fordrer en viss varsomhet i å legge altfor mye vekt på slike tester.

Det foreligger ingen alminnelig plikt til å ta kontakt med de referanser søker har oppgitt. Hvorvidt forvaltningen bør gjøre dette i den aktuelle situasjonen, er en utpreget

³³ også Somb-1999-41

³⁴ Somb-2001-25

³⁵ I Ot.prp.nr.46(1997-1998)pkt.31 forutsetter departementet at intervju er et viktig instrument for å kartlegge søkerens personlige egenskaper.

³⁶ ILOs Code of Conduct, ”*protection of workers personal data: an ILO code of practice*” oppstiller retningslinjer som anbefaler at arbeidstakere skal ha adgang til å motsette seg slike tester. Norge er forøvrig ikke folkerettslig bundet av slike rekommendasjoner.

skjønnsmessig avgjørelse.³⁷ Vurderingsgrunnlaget må ikke være for spinkelt og ansettelsesmyndigheten bør derfor alltid sørge for å innhente opplysninger om søkere fra flere hold. Hvis ikke kan det være en viss fare for at ansettelsesmyndigheten danner seg et feil bilde av vedkommende. Sivilombudsmannen har bl.a. ved en sak uttalt, at det var utilstrekkelig å bygge en vurdering av en søkers personlige skikkethet på en enkeltstående telefonsamtale.³⁸ At denne telefonsamtalen ble avgjørende for skikkethetsvurderingen, uten at den aktuelle søkeren ble konfrontert med opplysningene, ble av sivilombudsmannen også ansett som et brudd på fvl.§17(3). Etter denne bestemmelsen bør forvaltningsorganet gjøre parten kjent med opplysninger av vesentlig betydning som det må forutsettes at parten har grunnlag og interesse for å uttale seg om. Se også Somb-2000-18 hvor fylkeslegen hevdet at hun på bakgrunn av egne erfaringer hadde tilstrekkelig nok grunnlag for å kunne vurdere søker sin personlige skikkethet, slik at intervju ikke var nødvendig. Sivilombudsmannen kom her til at det ikke var foretatt en tilstrekkelig kvalifikasjonsvurdering av søkeren, noe som kunne ha medført en usaklig forbigåelse. Tilfeldige uttalelser fra personer utenom innstillingsmyndigheten eller andre personer som ikke har fått oppfordring til å uttale seg, vil kunne settes til side som irrelevant.³⁹

Det er heller ikke uvanlig å avtale i sluttavtaler, at arbeidstaker **skal** motta en positiv attest. Dette er særskilt aktuelt der arbeidsgiver ber en ansatt om å fratre og en vil unngå rettslig etterspill. Ofte inneholder avtalen både en passus om konfidensialitet og en passus om attest. I tillegg til skriftlig attest er det gjerne avtalt at arbeidsgiveren kan stå til disposisjon som referanse, dersom noen tar kontakt for å få det tidligere arbeidsforhold bekreftet. Uriktige opplysninger her, vil kunne undergrave den verdi attester og referansepersoner har. Dette kan føre til at ansettelsesmyndigheten ikke ansetter den best kvalifiserte søker til stillingen, eller i verste fall, ansetter en søker som ikke er egnet i det hele tatt. Slike åpenbare svakheter med denne informasjonskilden tilsier at disse må tillegges mindre vekt i ansettelsesprosessen.

³⁷ Jfr.LB-1996-62

³⁸ Somb-2000-20 og Somb-2000-18

³⁹ Somb-1969-45

Vagheten i kriteriet ”personlige egenskaper” gjør også dette vanskelig kontrollerbart og åpner for myndighetsmisbruk. Ved å henvise til personlige egenskaper kan arbeidsgiver kamuflere at det har vært tatt utenforliggende hensyn. Det kan også være slik at arbeidsgiver av redsel for å bli mistenkeliggjort, begrunner en avgjørelse i faglige egenskaper der hvor det i realiteten var de personlige egenskaper som var den reelle beveggrunnen. Vedtaket kan således fremstå mindre ”subjektivt” og mindre angripelig. I verste fall kan redsel for å være ”subjektiv” innebære at forvaltningen ikke tillegger personlig skikkethet særlig vekt.⁴⁰ Dette kan medføre at hensynet bak kvalifikasjonsprinsippet om å få ”rett person på rett sted til rett tid” ikke blir realisert. Formålet fordrer at en vektlegger så vel faglige som personlige egenskaper.

I Somb-1997-32 fikk ikke A som var klart best kvalifisert, stillingen som nattevakt ved et barnehjem, med den begrunnelse at hun var overkvalifisert til stillingen. Hun hadde fra før av jobbet ved barnehjemmet i en årrekke, men da som miljøterapeut. Sivilombudsmannen fikk senere frem en ny og annen begrunnelse enn den som var representert for søkeren. Fylkeskommunens reelle beveggrunn bak vedtaket, var ikke at søkeren var overkvalifisert, men at ledelsen ved barnehjemmet gjennom flere år hadde følt det problematisk å samarbeide med A.

2.3.1 Vektleggingen av personlige egenskaper

Hvilken vekt en kan legge på de personlige egenskaper, må selvfølgelig bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Stillingens krav og formål må her være momenter som kan gi en viss veiledning. Enkelte stillinger vil vektlegge dette i større grad enn andre. Hvorvidt en person er skikket eller ikke til en stilling, krever at ansettelsesmyndigheten foretar en fremtidsrettet vurdering. En må her legge vekt på momenter som kan gi en viss indikasjon på hva en kan forvente seg av den aktuelle personen i fremtiden. Disse momenter kan enten slå positivt eller negativt inn ved ansettelsessprosessen. Hvis man skal

⁴⁰ Engelsrud, op.cit.s.55

jobbe på et sosialkontor hvor en møter personer med vanskelige og dyptgående problemer, vil informasjon som tyder på likegyldighet og manglende evne til forståelse og empati, særlig kunne vektlegges negativt. Motsatt vil evne til å oppnå tillit, og evne til forståelse telle positivt.

I en lagmannsrettsdom ble en person pga. meget stort og forutsigbart fravær ansett å mangle den personlig skikkethet som var nødvendig for en lærerstilling.⁴¹ Selv om det var tale om gyldig fravær, i den forstand at fraværet var dekket av lov og overenskomster i arbeidslivet, så kunne ikke dette medføre at forvaltningen var avskåret fra å ta hensyn til dette i sin vurdering. Dommen illustrerer hvordan en går konkret til verks, i forhold til vurderingen av personlige forhold. Det var ikke bestridt at læreren ut fra utdanning og praksis var fullt ut kvalifisert for stillingen. Retten uttaler:

”Det avgjørende for saken er hvilke elementer som kan inngå i vurderingen av søkerens skikkethet. Hvorvidt en søker anses personlig skikket til den stilling han har søkt, vil bero på en totalvurdering av stillingens art, de krav stillingen stiller og vedkommendes faglige og personlige forutsetninger til å fylle stillingen.”

Retten uttaler videre:

”Et sentralt element i arbeidsgivers vurdering vil være om vedkommende søker rent faktisk er i stand til å utføre det arbeid som er tillagt stillingen. Virke som lærer er ikke bare et forhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiverer, men angår i særlig grad skolens forpliktelse i forhold til elevene. I tillegg til undervisning forutsettes oppfølging, vurdering og involvering i elevene. En lærer skal også inngå i et kollegium med skolens øvrige lærere, ledelse og annet personale.”

Det var på det rene at læreren året før, ved en vikarstilling ved en annen skole, hadde et fravær på 63%. Dette hadde medført at læreren ikke maktet å etterleve de krav som stillingen forutsatte. Lagmannsretten mente at det på bakgrunn av de erfaringer en hadde

⁴¹ Jfr.LH-2000-560(RG-2001-1040)

fra lærerens ansettelsesforhold ved Melbu skole, var det saklig å tillegge fraværet avgjørende betydning i ansettelsesprosessen. Dette illustrerer den type fremtidsrettede vurderinger ansettelsesmyndigheten må foreta.

2.3.2 Har arbeidsgiver i dag anledning til å spørre om søkerens sykefravær?

Etter RG-2001-1040 har vi forøvrig fått nyere bestemmelser i den nye aml.§9-3 som begrenser arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger. Med helseopplysninger tenker en her på informasjon som kan bidra til å kartlegge personens nåværende og mulige fremtidige helsetilstand.⁴² Det følger av forarbeidene at en arbeidssøkende burde ha tilsvarende rettslig vern ved innhenting og bruk av helseopplysninger som en som allerede er ansatt. Bestemmelsen er *særlig* aktuell i forbindelse med ansettelsesprosessen.⁴³ Bestemmelsen angir en uttømmende regulering av arbeidsgiverens mulighet til å innhente helseinformasjon i ansettelsesprosessen. Dette innebærer at heller ikke den arbeidssøkende selv kan samtykke til at arbeidsgiver kan innhente informasjon utover det aml.§9-3 hjemler.⁴⁴ Det er etter dette lovlig å vektlegge sykefravær hvis kriteriene i aml.§9-3 er oppfylt. Det oppstilles her et nødvendighetsvilkår som er knyttet opp mot de ”*oppgaver som knytter seg til stillingen*”. Det er bare de strengt saklige formål som kan ivaretas slik at dette nødvendighetskrav må tolkes forholdsvis strengt. Men bestemmelsen skal allikevel være såpass romslig at arbeidsgivers saklige og legitime behov blir ivaretatt.⁴⁵ Forarbeidene viser at det var uenighet om hvorvidt opplysninger om sykefravær omfattes av begrensningen i aml.§9-3. Breisteinutvalgets flertall foreslo at arbeidsgiver uansett måtte kunne få stille spørsmål om tidligere sykefravær. De begrunnet dette standpunkt med at slike opplysninger kan være nødvendig for å vurdere arbeidssøkerens evne til å utføre arbeidet. Breisteinutvalget påpekte at selve årsaken til sykefraværet likevel skulle oppfattes

⁴² Jfr.NOU-2001-4s.104

⁴³ jfr.NOU-2001-4pkt.2.4.3

⁴⁴ NOU-2004-5s.441

⁴⁵ NOU-2004-5s.441 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.148

av forbudet i aml.§9-3.⁴⁶ Breisteinsutvalgets mindretall mente at det i praksis ikke ville være mulig å ta opp spørsmålet om tidligere sykefravær uten at også spørsmålet om personens helsetilstand vil måtte komme opp.⁴⁷ Arbeidslivsutvalget og departementet støttet mindretallet og mente derfor at informasjon om tidligere sykefravær måtte omfattes av begrensningen i aml.§9-3.⁴⁸ På denne bakgrunn synes det naturlig å slutte at arbeidsgiver ikke har adgang til å stille generelle eller konkrete spørsmål verken om søkerens tidligere sykefravær, hans bruk av egenmeldinger, sykemeldingsperioder eller eventuelle sykehusopphold. Etter mitt skjønn medfører derfor bestemmelsen i realiteten en innskrenkning av det vurderingsgrunnlag som før var lovlig å vektlegge etter kvalifikasjonsprinsippet.

2.3.3 Forventet fravær pga. politiske verv

Sivilombudsmannen har behandlet en sak som også omhandler forventet fravær i Somb-1997-30.⁴⁹ Spørsmålet her gikk på om det forventede permisjonsfraværet for å utføre verv som folkevalgt kommune- og formannskapsmedlem var saklig grunn til ikke å tilsette A i stillingen som hovedlærer ved Tromsdalen vgs. Søkeren var best kvalifisert. Rektoren som hadde tilsettingsmyndighet, gav klart uttrykk for at A normalt ville vært selvskreven til stillingen som hovedlærer i norsk og samfunnsfag fordi han var faglig best kvalifisert. Likevel mente han at A sin posisjon i lokalpolitikken medførte et så stort fravær at det ville være uforsvarlig å innstille A som hovedlærer. Rektoren brukte permisjonsfraværet i skoleåret 1995-96 som grunnlagsmaterialet for å forutsi forventet permisjonsfravær i skoleåret 1996-97. Sivilombudsmannen uttaler:

”Det er viktig for at vår demokratiske valgordning skal fungere tilfredstillende at forholdene legges til rette for at borgere skal kunne påta seg offentlige verv. Vervet som

⁴⁶ NOU-2001-4s.171

⁴⁷ Jfr.NOU-2001-4 pkt.11.1.2.2

⁴⁸ jfr.NOU-2004-5s.442 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.149

⁴⁹ Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1

folkevalgt medfører samfunnsplikter, vervet utføres i offentlig interesse og en offentlig tilsetningsmyndighet må da så langt råd er forholde seg slik at den som har påtatt seg slike erverv ikke blir skadelidende på grunn av utførselen av vervet”

Sivilombudsmannen uttalte videre at ansettelsesmyndigheten ikke hadde vært seg tilstrekkelig bevist at det her er tale om utførelse av lovpålagte plikter. Kommunelovens bestemmelse (§40) vedrørende møteplikt var heller ikke ubetinget.⁵⁰ Det var her adgang til fravær ved ”gyldig fravær”. Selv om lovens vilkår var strenge åpnet den for et rimelig skjønn. Kommuneloven gav således mulighet til å ta hensyn til uoppsettelige arbeidsmessige plikter. Skolen og den folkevalgte måtte sammen forsøke å finne frem til løsninger som kunne forene de motstridende interesser en her sto ovenfor. Det virker som en er villig til å strekke seg lenger ved slikt fravær siden sterke motstridende offentlige interesser taler for det. Hensynet til demokrati og valgbarhet må vektlegges høyere enn hensynet til å få best person til stillingen. Å vektlegge personlige hensyn på dette området må derfor anses innskrenket. Men dette innebærer ikke at hensynet til fravær likevel i enkelte tilfeller vil slå igjennom. Sivilombudsmannen uttaler således:

”Selv om et faktisk fravær kunne tenkes å begrunne et unntak fra kvalifikasjonsprinsippet i en tidsbegrenset stilling som den foreliggende, kan jeg ikke se at det som er fremkommet om As permisjonsfravær kan tilsa at det var riktig at det ble gjort her”

2.3.4 Lovbestemte krav tilandel

Andre momenter som kan tenkes å kunne vektlegges og da særlig i negativ retning, er søkerens tidligere livsførsel. Et eksempel kan være at søkeren tidligere er straffedømt. Slike momenter må kunne vektlegges ved enkelte stillinger. Dette er momenter som sier noe om hvorvidt en søker vil kunne greie å etterleve de krav som stillingen fordrer.

I stillinger innen det offentlig som er avhengig av høy grad av tillit av andre, vil søkers tidligereandel være et moment av betydning. Hovedregelen er at arbeidsgiver ikke har

⁵⁰LOV-1992-09-25-107

adgang til å innhente politiattest jfr.FOR-1974-12-20-4§12.⁵¹ Unntaket fra hovedregelen gjelder blant annet for stillinger hvor det er lovbestemte krav til vandel. Dette kan være dommerfullmektiger og stillinger innen politi og påtalemyndighet. Stillingens formål og funksjon fordrer her plettfritt vandel.

2.3.5 Ikke lovbestemt krav til vandel

Det må trolig være klart at der arbeidsgiver forutsetter uplettet vandel og dette har betydning for stillingen, må forvaltningen også ved andre typer stillinger, trolig kunne stille spørsmål om søkeren tidligere er straffet, siktet eller satt under tiltale for straffbare forhold.⁵²

I LB-1998-3054 uttalte retten at ”...spørsmålet om det er saklig å legge vekt på tidligere straffbare forhold, må likevel avgjøres i forhold til den stillingen det er tale om” og ”..også i andre tilfeller enn de som er særlig regulert, må det etter omstendighetene kunne stilles slike krav”. Her ble det ansett saklig å spørre den som skulle ansettes som førstekonsulent ved X byrett, og være leder av namsmannsavdelingen der, hvorvidt han hadde vært tidligere straffet eller ikke. Særlig ble dette begrunnet med at han da ville være namsmann i lovens forstand. Lagmannsretten la noe vekt på at han i denne stillingen ville håndtere betydelig midler, men la mest vekt på at han ville være utstyrt med myndighet til å treffe avgjørelser av inngripende karakter overfor publikum, også avgjørelser som nødvendigvis ville innebære tvangsinngrep. Deretter ble det lagt vekt på at publikum vanskelig kunne skille mellom en namsmann og en dommer, samt betydningen av domstollenes tillit. Det ble påpekt at domstolens autoritet, var avhengig av de personer som utøver myndighet på domstolens vegne.

Reelle hensyn tilsier likevel at adgangen til å spørre og å vektlegge slike momenter, bør være begrenset til den type stilling som krever det. Dette fordrer en konkret vurdering hvor

⁵¹ Med hjemmel i strafferegistreringsloven(LOV-1971-06-11-52)§10

⁵² Jfr.NOU-2004-5s.425 og LB-1998-3504

forbrytelsens art og stillingens krav vurderes opp i mot hverandre. En tidligere straffet person har i og med at han har sonet sin dom, til en viss grad rett til å starte med blanke ark. *”Både menneskelige og samfunnsmessige hensyn tilsier at den som er ferdig med sin straff, bør hjelpes på fote”*⁵³ Å få den tidligere forbryteren inn i en normal jobb og få kontakt med andre miljøer vil føre til økt integrering i samfunnet. Men helt ubetinget kan ikke dette være: *”De egenskaper han har lagt for dagen ved forbrytelsen, kan selvsagt være av den art at det må vises forsiktighet. Men innenfor de grenser som dette hensyn setter, bør han få en sjanse til å ernære seg selv på hederlig vis og til å opparbeide på ny den tillit han har forspilt.”*⁵⁴ Forbrytelsen må ved visse stillinger i det offentlig nødvendigvis komme inn som et negativt tellende moment av betydning. I en stilling som kommunekasserer eller regnskapssjef, vil det måtte telle som et klart negativt moment, at søkeren tidligere hadde vært straffedømt for bedrageri. Hvis det har gått mange år siden en forbrytelse har blitt begått og en har grunn til å tro at en person har tatt et oppgjør med sin fortid, vil forbrytelsens eventuelle negative vekt kunne bli svekket, men vil trolig fremdeles utgjøre et relevant tellende moment i søkerens disfavør. Andre eksempler kan være personer som er dømt for misbruk av småbarn, som ofte er et utslag av seksuelle avvik.⁵⁵ Å være straffet for slike forhold vil være høyst relevant å vektlegge ved arbeid som omfatter denne målgruppen. Det er forøvrig lovpålagt at ansettelsesmyndigheten skal kreve politiattest der søkeren får tilbud om arbeid i barnehage, barnevernet eller i deler av undervisningssektoren. Politiattesten skal ikke omfatte alle straffbare forhold, men likt for de alle, er at ulike typer sedelighetsforbrytelser omfattes.⁵⁶

Der hvor straffbare forhold ikke har en klar relevans til den aktuelle stilling vil det kunne være irrelevant å vektlegge disse personlige egenskapene. I en stilling som vaktmester eller

⁵³ Andenæs, Alminnelig strafferett(Oslo 2004)s.99

⁵⁴ Andenæs, op.cit.s.99

⁵⁵ Hurwitz og Christiansen, Kriminologi(Oslo 1968)s.209-211

⁵⁶ Se:FOR-2006-06-23-72§§15-1 til 15-3 med hjemmel i oppll.§10-9(4), FOR-2005-12-16-1509§§2-4 med hjemmel i barnehageloven(LOV-2005-06-17-64)§19(4) og FOR-1999-10-15-1090§§1,5,6 med hjemmel i barnevernloven(LOV-1992-07-17-100)§6-10.

vaskehjelp ville det sannsynlig være av mindre betydning i forhold til stillingens formål og funksjon, hvorvidt en har vært straffedømt for legemsfornærmelse eller ei. Å vektlegge dette forhold ved stillinger av en slik art, vil da fort kunne bli ansett irrelevant.

2.3.6 Hvem har risikoen dersom spørsmålet var saklig å stille

En arbeidssøker vil også i utgangspunktet ha risikoen for å svare sannferdig der hvor arbeidsgiveren skulle være berettiget til å spørre om slike forhold. I LB-1998-3054 uttaler retten om dette: *”Alene det forhold at A nekter å svare på spørsmål om dette fra B, er etter lagmannsrettens syn tilstrekkelig til at han ikke kunne komme i betraktning til den stilling det her gjaldt”* Det at A ikke engang ville forholde seg til en slik problemstilling mente retten her *”utgjorde en større hindring for ansettelse enn hva hans gamle, og etter alt å dømme bagatellmessige, straffbare forhold utgjorde”*. Retten mente at A sin mangel på åpenhet og hans håndtering av situasjonen, viste at han under enhver omstendighet var utelukket for en slik type stilling. Det at en søker velger å forklare seg usant kan også etter omstendighetene gi grunnlag for oppsigelse eller avskjed.

2.3.7 Forhold utenfor søker

Rettspraksis viser også at personlige egenskaper til en viss grad kan være knyttet opp i mot forhold søkeren selv ikke er herre over. I LE-1994-720 ble søker B som hadde klart lengre praksis en A og lik relevant utdanning, ikke ansatt. Hovedgrunnen til dette var at tilsettingsutvalget hadde mottatt objektiv informasjon fra presumptivt ”nøytrale” kilder fra B sine tidligere arbeidsteder. Ulike kommuner hadde erfart at det ofte oppsto samarbeidsproblemer med B. I denne forbindelse mente lagmannsretten i likhet med herredsretten at kommunen var berettiget til å ta hensyn til arbeidsmiljøet generelt og til det forhold at biblioteket hadde en ung og uerfaren konstituert biblioteksjef. Tilsettingsutvalget la her større vekt på frykten for at bibliotekssjefen kunne bli ”overkjørt” enn den positive verdi søker B kunne tilføye av faglig dyktighet og stor erfaring. Denne vurdering kunne ikke retten prøve da den lå innenfor tilsettingsutvalgets frie skjønn. Her ser vi at betydningen eller vekten av negative personlige forutsetninger som

samarbeidsproblemer, også kan forsterkes ytterligere av andre faktorer i tilknytning til den fremtidige arbeidsplassen.⁵⁷

2.4 Begrenser utlysningsteksten tilsettingsorganets vurdering av de faglige og personlige egenskapene?

I selve kunngjøringen av den aktuelle stillingen bør det fremkomme hvilket arbeidsområde det er tale om og hvilke krav/egenskaper forvaltningen mener stillingen fordrer. Det er viktig at arbeidsfelt og krav beskrives på en dekkende måte, slik at potensielle søkere på denne bakgrunn, kan gjøre seg opp en mening om stillingen er av interesse og hvorvidt søkerens egne kvalifikasjoner passer til kravene i kunngjøringen.⁵⁸ Sett på denne bakgrunn vil utlysningsteksten kunne sies å ha en utsilingsfunksjon. Det er på det rene at de hensyn som blir vektlagt her, i likhet med de vurderinger forvaltningen foretar i selve valgprosessen, naturligvis også må være saklige. En må selvfølgelig også holde seg innenfor lovbestemte krav. Utlysningsteksten presiserer først og fremst visse kriterier som ansettelsesmyndigheten mener den som besitter stillingen bør ha. Dette innebærer nødvendigvis ikke at det kan legges vekt på andre mer spesielle hensyn som ikke fremkommer av utlysningsteksten. (Dette tar jeg forøvrig for meg i pkt.4)

Det at selve utlysningsteksten ikke sier noe om hvorvidt praksis eller utdanning vil bli vurdert, innebærer ikke at ansettelsesmyndigheten kan se bort fra relevant utdanning eller praksis. Men den forteller oss likevel hvilke kvalifikasjoner som ansettelsesmyndighetene mener stillingen fordrer og hvilke vekt relevant praksis eller utdanning i den forbindelse vil bli vektlagt. Her er LE-1994-720 et godt eksempel. I utlysningstekstene var det stilt krav om utdanning fra Statens bibliotek- og informasjonshøgskole eller tilsvarende. Det sto intet om relevant praksis. Det var på det rene at begge søkerne var likestilt med hensyn til utdanning, men at søker B, en tidligere biblioteksjef som mente seg urettmessig forbigått,

⁵⁷ Jfr.LE-1994-720

⁵⁸ Jfr.Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1

hadde lang praksis. Søker A som ble ansatt, hadde derimot ingen praksis å vise til. Retten som var enstemmig, uttalte om dette:

”Ankende part har rett i at den omstendighet at det i utlysningen ikke er stilt krav om praksis ikke betyr at kommunen er berettiget til å se bort fra søkerens relevante praksis ved bedømmelse av deres kvalifikasjoner. Det er likevel av betydning at det i utlysningen verken ble stilt krav om praksis eller uttalt at praksis ville bli tillagt vekt. Dette innebærer at det i seg selv ikke er noe feil at kommunen tilsetter en søker uten bibliotekspraksis”

Et annet eksempel er LB-1996-62. Her lød utlysningsteksten: *”Stillingen ønskes besatt av personer med erfaring i arbeid med mennesker med autistiske trekk”*. Lagmannens flertall uttalte til dette *”at det ikke kan utledes at erfaringer med autister var et ubetinget krav for stillingen eller at søkere uansett måtte anses bedre kvalifisert enn søkere uten erfaring”*. Selv om en utlysningstekst skulle fremheve enkelte egenskaper som ønskelige, er det klart at dette ikke nødvendigvis innebærer at den som innehar disse, må anses for å være den best kvalifiserte til stillingen.

2.5 Oppsummering

Siktemålet med kvalifikasjonsprinsippet er å få stillingen besatt av den best kvalifiserte arbeidstaker til stillingen. Det må videre presiseres at vurderingstemaet er knyttet til den aktuelle stillingen, ikke til hvem av søkerne som best kvalifisert i sin alminnelighet. Det må foretas en bred helhetsvurdering av både faglige og personlige egenskaper. Forøvrig er det ikke sjelden slik, at de rent formelle kriteriene ikke er utslagsgivende for tilsettingsmyndigheten, men at det ofte legges avgjørende vekt på momenter av personlig karakter.

3 VILKÅR/HENSYN NEDFELT I FORMELL LOVS FORM OG VILKÅR I TARIFFAVTALER

Av hensyn til oppgavens omfang blir denne delen av oppgaven svært kort. Men det er en viktig del av helhetsbildet og kan derfor ikke utelates helt. Kvalifikasjonsprinsippet er et prinsipp som rettskildemessig har formell lovs rang. Unntak fra prinsippet må derfor ha hjemmel i lov, enten i egen lovbestemmelse eller i forskrift som er hjemlet i lov.⁵⁹

Prinsippet må derfor sees på bakgrunn av de materielle skranker som oppstilles. Nedenfor vil jeg kort komme inn på enkelte regler som jeg anser å være viktige i denne sammenheng. Det finnes bestemmelser som bare omfatter visse yrkes- og stillingskategorier mens andre får mer generell anvendelse.

3.1 Spesielle lovregler

Noen regler oppstiller vilkår for å i det hele tatt bli vurdert som en søker til en stilling. Eksempler på dette er de alminnelige vilkår som må være oppfylt for at en kan virke som dommer jfr.dl.§§52-56 og Grl.§92 om embetsmenn. Liknende type krav finner man i politil.§18 som oppstiller krav om at søker har plettfri vandel og er norsk statsborger og i Oppll.§10-1 som oppstiller krav om relevant faglig og pedagogisk kompetanse.

3.2 Generelle lovregler

Av de mer generelle regler er det klart at de ulike regler som omfatter diskriminering i arbeidslivet er av stor betydning. Bestemmelser som regulerer diskriminering i arbeidslivet

⁵⁹Jfr.Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7

er nedfelt i flere lover. Spørsmålet er hovedsakelig regulert i arbeidsmiljøloven,⁶⁰ likestillingsloven⁶¹ samt diskrimineringsloven.⁶²

3.3 Tariffavtaler

I forbindelse med kvalifikasjonsprinsippet oppstår det flere spørsmål der tariffavtalen operer med egne vilkår som skal vektlegges ved ansettelse i det offentlige. For det første kan det være at vurderingstemaet er nærmere presisert i tariffavtalen. Slike presiseringer vil bare være gyldige så langt de ligger innenfor de begrensninger som følger av kvalifikasjonsprinsippet. Eksempel på en slik presisering er hovedtariffavtalen mellom Kommunenes Sentralforbund og ulike tjenestemannsorganisasjoner. Se her Ht.§2 punkt 2.2 første ledd: *"Ved tilsetting...skal det i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen).*

Tariffbestemmelser som direkte undergraver prinsippet kan naturligvis ikke anses som gyldige. I dag åpner hovedtariffavtalen§2 pkt.2.2 annet ledd opp for å ansette kvinner i stillinger der de er underrepresentert hvis vedkommende står kvalifikasjonsmessig likt med en mannlig søker. Dette er samsvar med generalklausulen i likestillingsl.§3 og strider derfor ikke mot kvalifikasjonsprinsippet.

Dersom tariffavtalen åpnet opp for radikal kjønnskvoltering i større grad enn det likestillingsl.§3a aksepterer, stiller det seg annerledes. Det kan være at tariffavtalen gjør det til en plikt for arbeidsgiver å praktisere radikal kjønnskvoltering som den store hovedregelen ved ansettelser. Likestillingsl.§3a tillater radikal kjønnskvoltering, men det forutsettes i forarbeider at denne regelen skal være snever. Et slikt vilkår må derfor anses å bryte med hovedhensynet bak kvalifikasjonsprinsippet, om at den best kvalifiserte søkeren skal ha jobben. En slik bestemmelse ville det ikke være adgang til å ha og må eventuelt bli tolket innskrenkende der den går utover likestillingslovens grenser.

⁶⁰ LOV-2005-06- 17-62

⁶¹ LOV-1978-06-04-45

⁶² LOV-2005-06-03-33

4 ANDRE HENSYN UTOVER KVALIFIKASJONSPRINSIPPET

4.1 Relevante rettskilder ved kartleggingen av saklige hensyn

Jeg vil her se bort fra hensyn som en finner i generelle regler. Med generelle regler tenker jeg da på formelle lover, forskrifter, tariffavtaler, reglementer etc. Det finnes få dommer på området. De dommer som finnes og da særskilt høyesterettsdommer, vil da nødvendigvis ha høy rettskildemessig vekt.

4.2 Rettskildemessig vekt/relevans av lov som aldri ble satt ut i kraft

Som relevant rettskildefaktor vil jeg her fremheve LOV-2005-06-17-103 om statens embets- og tjenestemenn m.m. som nå er opphevet. Her er kvalifikasjonsprinsippet nedfelt i lovens §2. Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1. angir her gjeldende rett. Men hvor mye vekt man skal vektlegge disse forarbeidene volder tvil. Arbeids og fornyingsdepartementet hadde flertall i stortinget bak seg og loven ble sanksjonert av Kongen 17.juni 2005. Ikrafttredelsestidspunktet ble satt til 1/1-2006. Men så fikk vi et regjeringsskifte. Regjeringen var uenig i flere av bestemmelsene som var vedtatt i loven. Det ble hevdet at den ville føre til at grunnleggende rettigheter og bestemmelser ble forringet, blant annet ventelønnsordningen. At kvalifikasjonsprinsippet skulle bli lovfestet syntes ikke å være det problematiske med den nye loven. Lov om opphevelse av lov 17.juni 2005 nr.103⁶³ medførte til at LOV-2005-06-17-103 aldri trådte i kraft. Dette bør derfor få en innvirkning på hvilken rettskildemessig verdi forarbeidene til den opphevede loven har. Disse kan ikke tillegges samme vekt som forarbeider til lover som har vært satt i kraft.

Kvalifikasjonsprinsippet var ikke nedfelt i den tidligere tjenestemannsloven(1983). Derfor kan man heller ikke se det slik, at den informasjon en finner om prinsippet i LOV-2005-06-17-103 og ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1. kan forstås som etterarbeider heller. Trolig er det mest riktigst å se det slik at denne odelstingsproposisjonen er av samme rettskildemessig vekt som juridisk teori. Det må være tale om juridisk teori av relativt høy kvalitet pga. det arbeid og de ressurser som er benyttet i denne prosessen. På

⁶³ Lov-2005-12-21-136

kvalifikasjonsprinsippet område er materialet heller tynt og på bakgrunn av det overnevnte, anser jeg derfor forarbeidene som en viktig rettskilde.

4.3 Rettskildemessige vekt/relevans av sivilombudsmannens uttalelser

Det finnes en rekke uttalelser fra sivilombudsmannen om grensen for de typer hensyn som er legitime i ansettelsessaker. I juridisk litteratur er det strid om hvilken rettskildemessig vekt en kan legge på en uttalelse fra sivilombudsmannen. Juridisk teori generelt, synes i hvert fall å være enige om at sivilombudsmannens uttalelser er å forstå som en rettskilde.⁶⁴

Frihagen fremhever i sin bok at sivilombudsmannens standpunkt *”i seg selv vil ha en overbevisende kraft og virke normativt”* og hevder at hans uttalelser *”oppfattes som normgivende i vel så stor grad som en lagmannsrettsdom”*. Sammedets sier han også at *”Det må vel kunne regnes med at domstolene vil være varsomme med å treffe avgjørelser som kan føre til at Sivilombudsmannen autoritet svekkes”*⁶⁵ I annen juridisk litteratur omtales sivilombudsmannens uttalelser som en *”viktig rettskildefaktor”*⁶⁶

Etter ombml.§1 følger det at sivilombudsmannen må oppfylle vilkårene for å være høyesterettsdommer. Det innebærer at han bl.a. må ha juridisk embetseksamen med beste karakter jfr.dl.§54(1). Sivilombudsmannen utfører sitt verv selvstendig og uavhengig av stortinget jfr.ombml.§2(1)2.pkt. Sivilombudsmannen skal alltid vurdere de sakene han behandler på en objektiv og upartisk måte og har det samme forholdet til rettskildene som enhver rettsanvender. Ombml.§3 setter en grense for hva slags saker han kan behandle. Det følger av denne bestemmelse at sivilombudsmannens oppgave er å *”søke å sikre at det i den offentlige forvaltningen ikke øves urett mot den enkelte borger...”*. Derfor kan sivilombudsmannen gripe inn overfor feil og forsømmelse som rammer fysiske eller juridiske enkeltpersoner eller grupper av enkeltpersoner. Sivilombudsmannen kan kontrollere både forvaltningens beslutninger og deres handlinger.

⁶⁴ Motsatt, Fleicher, Rettskilder og juridisk metode(Oslo 1998)s.295

⁶⁵ Frihagen, Forvaltningsrett Bind 1(Oslo 1991)s.58

⁶⁶ Echhoff/Helgesen, Rettskildelære(Oslo 2000)s.231

I motsetning til domstolens virksomhet kan sivilombudsmannen i tillegg til å ta opp saker til behandling etter klager, også ta opp saker av eget tiltak jfr.ombml.§5. Det følger videre av ombml.§6 at det ikke stilles krav til at man må ha ”rettslig interesse” for å klage i motsetning til fvl.§28. Enhver som mener å ha vært utsatt for en urett har rett til å klage. Etter fvl.§42 følger det at iverksetting av forvaltningsvedtak ikke bare utsettes ved søksmål, men også i de tilfeller der det er klaget til sivilombudsmannen. At et vedtak blir utsatt i påvente av sivilombudsmannens uttalelse styrker muligheten for at hans syn på saken blir tatt til følge eller i det minste at hans syn blir hørt før vedtaket fattes.⁶⁷

Sivilombudsmannen har adgang til å vurdere skjønnsspørsmål som er unntatt domstolens kontroll. Dette følger av at sivilombudsmannen etter ombml.§10(2)3pkt. i tillegg til å reagere på avgjørelser som er ”ugyldig” også kan reagere der han anser disse å være ”klart urimelige” eller å stride mot ”god forvaltningsskikk”. Da sivilombudsmannen i noen grad har rett til å foreta en vurdering utover rammen av en rettslig overprøving, innebærer dette på en annen side, at en nødvendigvis må være varsom med uten videre å sette likhetstegn mellom det at et vedtak kritiseres og at sivilombudsmannen anser det som ulovlig i strid med kvalifikasjonsprinsippet. Sivilombudsmannen kan bare uttale sin mening dvs. at han ikke har formell beslutningsmyndighet. Dette innebærer at hans mulighet til å øve innflytelse på forvaltningen vil henge nært sammen med hans personlige anseelse og hans evne til å overbevise. I praksis har det vist seg at forvaltningen i de aller fleste tilfeller lojalt har rettet seg etter hans uttalelser. Dette gjelder også der hvor fagmyndigheten i forvaltningen opprettholder sin faglige uenighet med ombudsmannen. Et godt eksempel på det har vi i Somb-2000-4.⁶⁸

Det er bare et lite antall av den totale mengde forvaltningsavgjørelser som blir brakt inn for domstolsapparatet. Det er det flere grunner til. Blant annet er det å bringe en sak inn for sivilombudsmannen billigere og normalt raskere enn en domstolsbehandling.

Ansettelsesvedtak er i tillegg unntatt fra forvaltningslovens regler om begrunnelse og klage

⁶⁷Jfr.Ot.prp.nr.75(1993-94)s.53-55

⁶⁸Jfr.Bernt/Rasmussen,Frihagens forvaltningsrett(Oslo 2006)s.163

jfr.fvl.§3. Samlet sett har dette ført til at klageantallet til sivilombudsmannen i ansettelsessaker har vært relativt høyt sett i forhold til andre typer saker sivilombudsmannen tar til behandling. Klageantallet har i årene 2000-2005 variert mellom 75-115 saker pr. år.⁶⁹ På bakgrunn av dette anser jeg sivilombudsmannens uttalelser for å utgjøre en viktig rettskilde i forvaltningsretten generelt, men kanskje spesielt som rettskilde i forhold til ansettelsessakene.

4.4 Ulike hensyn og vektleggingen av disse utover en ren kvalifikasjonsbedømmelse

Det kan her være formålstjenlig å dele de ulike typer hensynene som en vil vektlegge ved ansettelse inn i to hovedgrupper. Denne inndelingen kan skje ut ifra hvorvidt de hensyn som vektlegges skjer på basis av hensyn til spesielle grupper av søkere og der hvor de er mer preget av forvaltningens egne behov. Den første gruppe kaller jeg ”søkerhensyn” mens den andre velger jeg å kalle ”offentlige hensyn”.

4.5 Søkerhensyn

4.5.1 Kan sosiale/velferdsmessige forhold tillegges vekt?

I Rt-1976-614 (vaktmesterdommen) handlet spørsmålet om hvorvidt det var adgang til å vektlegge en søkers sosiale forhold ved ansettelse av en vaktmesterstilling ved en skole. A var her innstilt som nr.1 til en skolevaktmesterstilling. B som ikke var innstilt ble derimot ansatt. Både A og B var kvalifisert for stillingen og var noenlunde likt kvalifisert.

Skolestyret hadde for B lagt vekt på sosiale forhold. B hadde en syk kone og mindreårige barn slik at det var viktig for han å komme over i lettere arbeid. Lignende forhold forelå også for A, men dette kjente ikke skolestyret til.

Høyesterett avgjorde at det var rimelig å vektlegge sosiale hensyn ved ansettelsesvedtaket. Høyesterett var her enstemmig, men dette faktum synes å ha begrenset verdi da Høyesterett

⁶⁹ Sombu-2005-5

her foretok en konkret vurdering av det foreliggende tilfellet og ikke kom med generelle uttalelser om hvorvidt forvaltningen kunne vektlegge slike/dette hensyn.

Uansett viser Høyesterettsdommen her at det i enkelte tilfeller kan være lovlig og saklig å vektlegge slike hensyn. I vaktmesterdommen omhandles et tilfelle hvor søkerne var noenlunde likt kvalifisert. Det som betegner slike situasjoner vil gjerne være at ansettelsesmyndigheten nok er i sterk tvil om hvem av søkerne som er best kvalifisert, men at det allikevel finnes en aldri så liten overvekt til fordel for en av søkerne. Hva så med de tilfellene der hvor søkerne er likt kvalifisert? En situasjon med helt ut kvalifikasjonslikhet synes mer teoretisk enn praktisk. Siden vaktmesterdommen åpner opp for å vektlegge slike hensyn der kandidatene står noenlunde likt, må dette naturligvis også gjelde ved absolutt kvalifikasjonslikhet (jamfør ”fra mer til det mindre” synspunktet). Ved absolutt kvalifikasjonslikhet vil en heller ikke støte an mot kvalifikasjonsprinsippet. Hovedhensynet bak prinsippet om å ansette den best egnede søkeren, vil ikke her gi noen veiledning. Det kan reises spørsmål om det i en situasjon der søkerne er likt eller tilnærmet likt kvalifisert ikke vil være mer rettferdig ut i fra en fordelingsrettferdighetstankegang at forvaltningen foretar en ren loddtrekning av de aktuelle søkere til stillingen. Å få jobben eller ikke er vanligvis viktig for alle søkere, ellers ville de ikke søkt stillingen. Men konsekvensene av å ikke få en stilling kan derimot være forskjellig fra søker til søker. Individuelle rettferdighetsbetraktninger taler således for at ansettelsesmyndigheten må kunne vektlegge spesielle behov en søker. Det blir derfor tale om en interesseavveining av ulike hensyn. Etter mitt skjønn burde de individuelle rettferdighetsbetraktninger her veie tyngst.

4.5.2 Kan sosiale/velferdsmessige forhold vektlegges der den ene søkeren er klart bedre kvalifisert?

Hva så med de tilfeller der hvor den ene er **klart** bedre kvalifisert enn den andre. Kan man da ansette den dårligere kvalifiserte kandidat pga. velferdsgrunner? I Somb-1967-11 er en inne på den situasjonen hvor den ene er bedre kvalifisert enn den andre.

Sivilombudsmannen uttaler her at det var tvilsomt at vanskeligheter med å finne en tilfredstillende løsning på et boligproblem for den ene søkeren og hans familie, kunne sies å

være tilstrekkelig grunn for å ansette en annen enn den søker som var best kvalifisert. Sivilombudsmannen stiller seg her meget skeptisk til å ansette en annen enn den best kvalifiserte pga. velferdsmessige forhold. I vaktmesterdommen blir ikke dette berørt side søkerne ble vurdert til å være noenlunde likt kvalifisert. Høyesterett hopper her altså over gjerdet der det er lavest og går ikke inn på dette. Flertallet i lagmannsretten går derimot inn i en slik hypotetisk drøftelse og synes å løse spørsmålet. Flertallet i lagmannsrettsdommen uttaler at:

*” i den ellers like konkurranse synes opplysningene om Kvalnes Sosiale situasjon å være utslagsgivende. Hadde det vært faglig kvalitetsforskjell av betydning i Alvestads favør, ville nok vedtaket om ansettelse av Kvalnes kunne oppheves som vilkårlige, med den begrunnelse at ansettelsesmyndighetene for hans vedkommende hadde lagt utilbørlig vekt på opplysninger av ikke faglig art”*⁷⁰

”Kvalitets forskjell av betydning” kan trekke i retning av tilfeller der den ene skiller seg positivt ut fra de andre kandidatene på en slik måte at det burde være temmelig klart at søkeren innehar de beste faglige kvalitetene. Det er her tale om et obiter dictum dvs. en uttalelse som ikke er nødvendig for å begrunne resultatet i saken. Dette svekker vekten av uttalelsen. Men siden Høyesterett verken berører dette i vaktmesterdommen og det ikke finnes noen annet rettspraksis på området, må lagmannsrettsdommen likevel ha en viss rettskildemessig vekt. Kvalifikasjonsprinsippet taler også i retning av å ikke tillegge sosiale/velferdsmessige forhold vekt der det er tydelige/større forskjeller i kvalifikasjonene mellom søkerne. Dette ville stride mot formålet om å ansette den best kvalifiserte til stillingen. Dette kan tale for at det muligens må skilles mellom de tilfeller hvor kandidatene er likt eller tilnærmet likt kvalifisert og den situasjon hvor den ene søkeren er bedre kvalifisert enn den andre. Det synes som om rettspraksis, sivilombudsmannens praksis, formålet bak kvalifikasjonsprinsippet samt juridisk teori,⁷¹ taler for at søkerne må ha noenlunde jevne kvalifikasjoner, hvis slike hensyn skal være saklige i ansettelsesprosessen.

⁷⁰ Se Rt-1976-617s.626(lagmannsrettens bemerkninger)

⁷¹ Jfr.Engelsrud, op.cit.s.59

Det kan heller ikke være slik at hvilke som helst sosiale eller velferdsmessige hensyn kan tillegges vekt. Hvor grensen bør gå er usikkert og vaktmesterdommen uttaler ikke noe generelt om dette. Men i Somb-1967-11 uttaler Sivilombudsmannen: *"Under ingen omstendigheter bør det være adgang til å legge vekt på velferdsgrunner som ikke fremstiller seg som vesentlig."*⁷² De sosiale forhold som vektlegges i vaktmesterdommen kan vel også karakteriseres som vesentlige. Dette taler for at en trolig kan oppstille et vesentlighetskrav.

4.5.3 Har ansettelsesmyndighetene undersøkelsesplikt?

Ansettelsesmyndighetene har ikke har noe undersøkelsesplikt. Dette følger av Høyesteretts uttalelse i Vaktmesterdommen på s.617: *"Når det gjelder de rent faglige kvalifikasjoner, må ansettelsesmyndigheten normalt kunne betrakte en søknad som uttømmende. Men det er ikke uvanlig at det i en søknad også gir opplysninger om velferdsgrunner som i tvilstilfelle vil kunne tale for ansettelse. Jeg viker også tilbake for å konstatere at ansettelsesmyndigheten i så fall skal være forpliktet til av eget tiltak å bringe på det rene om tilsvarende grunner også skulle foreligge for andre"* Høyesterett kom her frem til at forvaltningen ikke hadde gjort noen feil jfr.fvl.§11 ved at det ikke ble gitt noen veiledning til andre aktuelle søkere om at sosiale forhold kunne tillegges vekt. Forvaltningen hadde heller ikke forsømt sin undersøkelsesplikt jfr.fvl.§13. Et annet tilfelle hvor en har vektlagt sosiale hensyn har vi i somb-1982-1. Her gjaldt saken tilsetting av vaskehjelp. Det ble her til fordel for B lagt vekt på sosiale hensyn, noe som etter sivilombudsmannens oppfatning trolig måtte godtas, men i den forbindelse uttalte han: *"Men føresetnaden må vere at tilsetjingsorganet har rimeleg godt kjennskap til dei tilhøva det er aktuelt å leggje vekt på, og at det når slike omsyn vert trekt inn for ein søkjar, også vert undersøkt om liknande tilhøve skulle liggje føre for andre aktuelle søkjarar"*

Sett i lys av vaktmesterdommen synes uttalelsen underlig. Vaktmesterdommen fastslår jo nettopp at forvaltningen ikke har noe undersøkelsesplikt. En Høyesterettsdom har klart høyere rettskildemessig vekt enn sivilombudsmannens praksis. Sivilombudsmannens

⁷² Tilsvarende i Somb-1973-11

uttalelse kan derfor ikke anses juridisk holdbar. Rettferdighetsbetraktninger taler likevel etter mitt skjønn for, at der hvor ansettelsesmyndigheten først velger å vektlegge slike spesielle hensyn også **burde** kontrollere om liknende omstendigheter også finnes for andre aktuelle søkere.

4.5.4 Sosiale hensyn regulert i lov

Vaktmesterdommen åpner opp for at det i enkelte tilfeller kan vektlegges sosiale hensyn. Høyesterett kommer også inn på at det må være opp til søkere å ha med disse momenter i søknaden. Dette syn må nå innskrenkes av aml. §9-3 hvor det oppstilles vilkår for når arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger. Det er bare helseopplysninger som er nødvendig i forhold til de krav stillingen fordrer, som ansettelsesmyndigheten da kan legge vekt på. Bestemmelsen åpner heller ikke opp for at arbeidsgiver med samtykke fra søkeren får slik informasjon. Grunnen til dette er at arbeidstakeren eller søkeren ikke skal befinne seg i en tvangssituasjon der en føler en må nevne visse forhold for i det hele tatt å kunne komme i betraktning til stillingen. Derfor vil det å åpne opp for unntak der personen har samtykket, kunne undergrave hele regelen.⁷³ Dette må innebære at arbeidsgiveren ikke kan forvente slik informasjon av aktuelle søkere, verken ved intervjuet eller ved en søknad.⁷⁴⁷⁵ Der opplysning likevel gis kan heller ikke arbeidsgiver tillegge disse vekt i ansettelsesprosessen.

4.5.5 Hensynets relative vekt i forhold til stillingens art

Muligens kan det ved enkelte typer stillinger tenkes større anvendelse av slike spesielle hensyn. Ut ifra rene offentlige hensyn kan dette være stillinger hvor det ikke nødvendigvis er så viktig for forvaltningen å ansette den som er absolutt best kvalifisert. I en vaktmesterstilling eller stilling som vaskehjelp kan det hende at den nest best kvalifiserte

⁷³ Se: NOU-2001-4 s.55 og NOU-2004-5 s.441

⁷⁴ Se: pkt.3.1.2

⁷⁵ Følger også av aml. §1-9

vil gjøre en god og fullt ut tilfredstillende jobb. Annerledes kan det således være med stillinger høyere opp i forvaltningen hvor kvalitetsforskjeller kan få større ringvirkninger. Særlig ved sterkt fagorienterte stillinger ved høyskoler og universiteter vil en nok tillate mindre grad av vektleggingen av ikke-faglige hensyn enn for andre stillinger. Administrative stillinger hvor en har stor frihet åpner opp for mer vektlegging av ikke-faglige hensyn, mens stillinger med sterkere normert kompetanse fordrer mindre rom for vektlegging av ikke-faglige hensyn.⁷⁶ Videre spiller hensynet til allmennhetens tillit en større rolle ved stillinger høyere opp i forvaltningsapparatet.

4.5.6 Oppsummering

Ved at det oppstilles krav om at søkerne må være likt eller tilnærmet likt kvalifisert og at velferdsgrunnene må være vesentlige, blir vektleggingen av spesielle behov (sosiale og velferdsmessige forhold) å anse som en unntaksregel. Det er mulig den rettslige situasjonen, de lege lata, er slik at bruk av sosiale/velferdsmessige hensyn bare kommer til anvendelse ved tilnærmet like kvalifikasjoner, og ikke der hvor den ene er bedre kvalifisert. Hvis dette skulle være tilfelle blir det tale om en enda snevrere unntaksregel. Reelle hensyn taler uansett for en begrenset rekkevidde her. Det vil være vanskelig å måle de individuelle behovene mot hverandre slik at slike hensyn er et lite objektivt kriterium.⁷⁷

4.6 Offentlige hensyn

4.6.1 Kontinuitet

I Somb-1969-45 hvor var det tale om tilsetting av skolestyrer, hadde søkeren fra før av vært konstituert i stillingen. Men dette faktum kunne ikke i seg selv gi noe forrang når stillingen senere ble lyst ut:

”En slik midlertidig tjenestegjøring før ordinær besettelse av stillingen, kan nok etter forholdene rent faktisk innebære en fordel for den konstituerte i og med at han får

⁷⁶ Smith, LoR-1981-275s.288

⁷⁷ Engelsrud, op.cit.s.59

anledning til å gjøre seg kjent med arbeidet og vise at han er skikket til det. Men forholdene gir ham ellers intet fortrinn og foregriper ikke med hensyn til endelig besettelse. Det vil etter min mening normalt ikke være adgang til å legge vekt på at det ville bli mer kontinuitet i ledelsen av skolen hvis den konstituerte i et tilfelle som det foreliggende kunne fortsette som fast styrer”

Gode grunner taler for at den som er konstituert i en stilling ikke skal få noe automatisk fortrinn til en stilling. Dette fører til at det i realiteten blir tatt en avgjørelse uten en slik vurdering som kvalifikasjonsprinsippet gir anvisning på. Det er ofte slik at det kan være ganske tilfeldig hvem som blir konstituert i slike midlertidige stillinger. Det er ofte en som allerede er ansatt ved en underordnet stilling ved arbeidsplassen som tar over, i påvente av at stillingen blir endelig besatt. Den tid han/hun var konstituert i den midlertidige stillingen, må likevel etter min mening telle med ved selve skikkethetsvurderingen som relevant praksis og vil på den måten gi han/hun en fordel.

4.6.2 Alderens betydning

Her vil jeg først ta for meg rettspraksis og sivilombudsmannens praksis av kvalitetsprinsippet i forhold til aldershensynet. Dernest vil jeg komme inn på de relevante nye bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og i denne forbindelse foreta en vurdering av den eldre praksis på området.

Rettspraksis og sivilombudsmannens praksis

Rt-1988-20 handlet om tilsetting av en fritidsleder i en kommune. Det var her to søkere på stillingen. A ble tilsatt mens B anla sak fordi hun mente seg forbigått. Ingen av søkerne hadde den utdanning som fortrinnsvis ble ønsket i utlysningsteksten eller noe relevant praksis å vise til. Søker B var 21 år gammel mens søker A var 37 år gammel.

Arbeidsoppgavene besto hovedsakelig i å drive oppsøkende virksomhet blant ungdom og å drive en fritidsklubb. Flertallet i sosialstyret fant det slik at B som var ung, ville ha det lettest å komme i kontakt med de ungdommene fritidslederen skulle arbeide blant, og hun

ble derfor ansett best skikket. Høyesterett uttalte at det ikke kunne være tvilsomt at søkerens alder kunne være et vesentlig moment i skikkethetsvurderingen.

Sivilombudsmannen har i Somb-2001-25 behandlet en klage på at alder var vektlagt på usaklig måte ved ansettelse av politibetjenter. Mannen var 41 år.

Her mente søker A seg usaklig forbigått ved tilsetting av tre politibetjenter ved Gjøvik Politistasjon i Vestoppland politi distrikt. Sivilombudsmannen vurderte på bakgrunn av utdanning og praksis A som bedre kvalifisert enn de tre som ble tilsatt og kunne derfor ikke se at A sin alder var relevant å trekke inn i vurderingen. Sivilombudsmannen uttalte:

”Politidistriktet hadde ved sin vurdering av søkerne gjort alder til et avgjørende objektivt utvelgelseskriterium noe som innebar brudd på kvalifikasjonsprinsippet”.

Sivilombudsmannen har også utalt seg om kvalifikasjonsprinsippet og vektleggingen av alderssammensetninger blant annet i Somb-2000-19. Her uttaler sivilombudsmannen at det etter omstendighetene kan være relevant å ta i betraktning alderssammensetningen ved den enkelte enhet innenfor politi- og lensmannsetaten, ved vurderingen av hvem som skal tilsettes i en ledig stilling. Forutsetningen for at alderssammensetningen kunne tas i betraktning måtte være at *”søkerne ellers er tilnærmet like godt kvalifisert”* og at det i *”valget av en eldre søker vil føre til en klart uheldig alderssammensetning”*. Det var altså ikke tilstrekkelig at alderssammensetningen ved tilsetting av en eldre søker ble mindre optimal enn dersom en yngre søker ble tilsatt. Politienhetens alderssammensetning er forhold som lett kan forandre seg. Nylige ansettelser av yngre søkere kan av denne grunn lett føre til at høy alder ikke er relevant å vektlegge i det hele tatt. Somb-2000-20 illustrerer at sivilombudsmannen går konkret til verks. Han uttalte her:

”Jeg bemerker imidlertid at jeg fra en annen sak er kjent med at tilsettingsrådet ved politidistriktet i juni 1999 vedtok å ansette en søker som da var 25 år, i en nyopprettet stilling ved lensmannskontoret. I den grad det allerede var tilsatt en eller flere yngre tjenestemenn ved kontoret, kan jeg uansett vanskelig se at en tilsetting av A ville ført til at det ved lensmannskontoret hadde blitt en alderssammensetning som kan karakteriseres som klart uheldig”

I Somb-2000-20 er sivilombudsmannen inne på at stillingens karakter kan være bestemmende for hvor stor vekt slike hensyn kan ha i ansettelsesprosessen. Det uttales her at: *”Ved tilsetninger i tidsbegrensede vikariater vil hensynet til alderssammensetningen som regel måtte tillegges mindre betydning”*

Diskriminering etter arbeidsmiljøloven:

Etter aml.§13-1(1) er blant annet diskriminering pga. alder forbudt. Det følger av aml.§13-2 at kap.13 får anvendelse under alle stadier av arbeidsforholdet, fra inngåelse til opphør. Det er lettest å tenke seg situasjoner hvor det er eldre arbeidstakere som blir diskriminert, men bestemmelsen retter seg også mot diskriminering av yngre arbeidstakere.⁷⁸ En kan spørre seg om hvilken alder som gis vern etter bestemmelsen. NOU-2003-2pkt.6.3 vises det til en undersøkelse der perioden fra 40-50 år verken regnes som høy eller lav. Jakhelln skriver at det neppe kan oppstilles klare aldersgrenser, verken oppad eller nedad. Hva som er å anse som høy alder er ofte bransjebetont. En 40 åring i IT-bransjen kan tenkes å bli betraktet som gammel, slik at diskrimineringsregelen kommer til anvendelse.⁷⁹

Diskrimineringsvernet for alder må ses i sammenheng med unntaksregelen i aml.§13-3(2). Denne bestemmelsen oppstiller en videre adgang til å forskjellsbehandle pga. alder enn for de øvrige diskrimineringsgrunnlagene som er beskyttet i aml.§13-1(1).

Vilkårene for å godta forskjellsbehandling er at forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende. Hvorvidt de kumulative kravene bestemmelsene oppstiller (saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet) anses oppfylt, må bero på en konkret skjønnsmessig vurdering. Forholdsmessighetskravet innebærer at ansettelsesmyndigheten må foreta en konkret vurdering av hvordan forskjellsbehandlingen virker for den som diskrimineres. Den uheldige praksisen må veies mot fordelene ved det saklige formålet som forskjellsbehandlingen er ment å ramme. Det er en nær sammenheng mellom forholdsmessighetsvurderingen, saklighetsvurderingen og

⁷⁸ Jfr.NOU-2003-2pkt.5.2.2. og Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt.15.2.2.

⁷⁹ Jakhelln/Aune, Arbeidsrett.no(Oslo 2006)s.582

nødvendighetskravet. Siden det gjelder et generelt saklighetskrav i forvaltningen, kan Sivilombudsmannens uttalelser være veiledende for når alder saklig kan vektlegges.⁸⁰ Men de uttalelser jeg viser til ovenfor er uttalt før den nye sivilombudsmannsloven, slik at det er usikkert om disse nødvendigvis er saklige etter arbeidsmiljøloven.

Indirekte diskriminering er definert i Ot.prp.nr.49(2004-2005) hvor det heter at: ” *med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre av grunner som nevnt i §13-1*”.

I forhold til kravet om hensiktmessighet og nødvendighet etter aml.§13-2(2) fremkommer det av forarbeidene at det må ” *utvises svært stor forsiktighet med å akseptere begrunnelser som bygger på at en person vil være uegnet eller arbeidsprestasjonen dårligere alene som følge av vedkommendes alder,*⁸¹ *uten at dette er begrunnet i konkrete forhold knyttet til de enkelte arbeidstakere eller typen arbeid det dreier seg om*”.⁸²

Slik jeg tolker forarbeidene oppstilles det her bare to legitime diskrimineringsgrunner. Det ene er diskriminering begrunnet i konkrete forhold hos søkeren og det andre er forhold vedrørende arbeidets art. At det må utvises svært stor forsiktighet med å godta en annen begrunnelse innebærer ikke at andre begrunnelser er helt utelukket, men at adgangen er svært snever. I forhold til Rt-1988-20 var nettopp diskrimineringen pga. alder begrunnet i arbeidets karakter, slik at den begrunnelse som her var gitt anses lovlig.

Hensynet til å vektlegge alderssammensetninger er å anse som indirekte diskriminering som er forbudt jfr.aml.§13-1(1). Spørsmålet blir således hvorvidt unntaksregelen i aml.§13-2(2) da medfører at slike hensyn likevel kan opprettholdes. Det kan stilles spørsmål om aml.§13-2(2) egentlig åpner opp for å kunne vektlegge hensyn begrunnet utenfor individet selv, slik som begrunnelsen i alderssammensetningen jo er. Etter mitt skjønn er det bare to legitime begrunnelser en kan vektlegge og de er begge knyttet til selve individet, noe som medfører at hensynet til å vektlegge enhetens alderssammensetninger ikke kan

⁸⁰ Jakhelln/Aune, op.cit.s.603

⁸¹ Se også C-109/88(Danfoss-saken)

⁸² Jfr.Ot.prp.nr.104(2002-2003)s.41

oppretholdes i medhold av denne bestemmelse. Men sivilombudsmannens praksis kan likevel være lovlig etter aml.§13-6 om positiv særbehandling. Bestemmelsen er aktuell i forhold til grupper som reelt sett er i en svakere posisjon i arbeidslivet. Bestemmelser eller tiltak som har til hensikt å beskytte eller styrke posisjonen til f.eks. yngre eller eldre arbeidstakere kan her på visse vilkår godtas. Aml.§13-6 oppstiller et vilkår om at særbehandlingen må fremme formålet om likebehandling. Dette må forstås slik at fordelene ved å særbehandle enkeltgrupper må overstige fordelene ved likebehandling.⁸³ Det må foretas en proporsjonalitetstest. Eu's rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet inneholder en lignende bestemmelse om positiv særbehandling i art.7. Av EF-domstolens praksis følger det at tiltaket ikke må hindre en individuell vurdering av den enkelte søker og dennes kvalifikasjoner. Der hvor søkerne er tilnærmet likt kvalifisert er det blitt akseptert at f.eks. det underrepresenterte kjønn velges.⁸⁴ Ved kjønn har en bare to grupper slik at vurderingen her er enklere enn ved alder. Spørsmålet i forhold til alder er hvordan aldersgruppene kan inndeles. Kan f.eks. aldersgruppen *56 år* være en egen aldersgruppe eller kan ikke aldersgruppen være så snevert definert? En nærmere definisjon av hva som er å forstå som ulike aldersgrupper vil således få betydning for når ansettelsesmyndigheten kan særbehandle etter aml.§13-6 og for når hensynet til enhetens alderssammensetning lovlig kan vektlegges. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven går ikke noe nærmere inn på dette. På bakgrunn av dette må det etter mitt skjønn betraktes som usikkert, hvorvidt deler av det vurderingsgrunnlaget som før var lovlig i forhold til kvalifikasjonsprinsippet, i dag er lovlig etter aml.§13-6 og derfor kan opprettholdes.

4.6.3 Overkvalifisert arbeidskraft

Spørsmålet er om det overhodet kan tas hensyn til at en søker er overkvalifisert til en stilling. Forarbeidene til den opphevede tjeneste og embetsmannsloven (av 2005) uttaler:

⁸³ Jfr.Ot.prp.nr.104(2002-2004)pkt.8.5.5

⁸⁴ C-407/98(Abrahamsson-saken)

*”Dersom en søker anses for å være best kvalifisert, kan vedkommende ikke forbigås med den begrunnelse at vedkommende er for godt kvalifisert”*⁸⁵.

En uttalelse fra sivilombudsmannen i somb-1997-32 som også departementet viser til, støtter også dette syn.⁸⁶ En søker kan altså ikke forbigås bare på grunnlag av at søkeren er overkvalifisert. Å ta hensyn til slike forhold i seg selv, vil derfor være irrelevant og utenforliggende i forhold til kvalifikasjonsprinsippet.

4.6.4 Stabil arbeidskraft

Forvaltningen vil ved en ansettelse ofte ha et ønske om å få beholde den tilsatte i en rimelig tid. Både hensynet til økonomi og effektivitet tilsier at dette er viktig. Forvaltningen bruker en god del ressurser både med å finne den rette personen til jobben og opplæring av arbeidstakeren. Hvis en arbeidstaker forsvinner etter kort tid innebærer det en stor kostnad for forvaltningen. I tillegg kan forvaltningen bli mindre effektiv da det kan gå tid til en kan ansette en ny arbeidstaker. En arbeidstaker er også vanligvis mindre effektiv i startfasen av et arbeidsforhold, da det ofte er en god del nye ting å forholde seg til på arbeidsplassen. Både økonomiske og effektivitetshensyn taler derfor for å kunne vektlegge hensynet. Sivilombudsmannen uttaler også i Somb-1978-8 at det kan være et moment hvor lenge en søker kan påregnes å være i en stilling. Forutsetningen her er allikevel at tilsettingsmyndigheten har grunnlag for å danne seg en oppfatning av dette.

I Somb-1978-8 behandlet sivilombudsmannen en sak hvor søkeren ikke fikk jobben pga. hyppig stillingsskifte. Her var det i midlertidig ikke tilstrekkelig grunnlag til å legge dette til grunn. Sivilombudsmannen mente her sett i forhold til søkerens unge alder (25år) at det å ha skiftet arbeid 3 ganger ikke kunne sees som noe negativt moment. Derimot uttalte sivilombudsmannen at det her måtte vektlegges positivt. Allsidighet og skiftende praksis måtte her være et moment som talte i hans favør.

⁸⁵ jfr.Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1

⁸⁶ jfr.Ot.prp.nr.67(2004-2005)pkt.7.1

Spørsmålet blir videre **hva** som skal være ansettelsesmyndighetens vurderingsgrunnlag. Somb-1978-8 er et eksempel på at en må gå konkret til verks. En tar tak i visse forhold ved den **enkelte søkeren** og foretar en fremtidsrettet vurdering på bakgrunn av det. Det virker som det ikke er anledning til å legge vekt på vurderinger på bakgrunn av statistikk eller generell erfaring. Hvor rimelig dette er, kan diskuteres. På den ene side kan det oppleves svært urettferdig for den enkelte søker at forhold som han ikke kan ha noen kontroll over, blir vektlagt som et negativt tellende moment i hans disfavør. Ser en det fra arbeidsgiver side kan økonomiske og effektivitets hensyn tale for å kunne vektlegge dette. Etter min mening burde det være forhold ved den enkelte søker som kan begrunne hvorvidt og hvordan hyppig stillingsskifte skal tillegges vekt.

4.6.5 Økonomiske og sysselsettingsmessige hensyn

Somb-1980-4 gjaldt tilsetting i stilling som pleiemedhjelper ved et helsesenter.

Arbeidsgiver hadde en ansettelsespolitikk som gikk ut på å bare tilsette personell fra egen kommune i stillinger som ikke krevde offentlig godkjenning. Denne praksis ble særlig begrunnet med hensynet til stabilitet ved institusjonen og lokale sysselsettingsforhold.⁸⁷

Sivilombudsmannen uttalte her: *”Etter min mening bør også ved tilsetting i stilling som den foreliggende den vanlige hovedregel gjelde; den best kvalifiserte søker bør tilsettes uten hensyn til bosted. Behovet for arbeidsplasser i kommunen og hensynet til stabilitet kan vanskelig gi grunnlag for unntak”*.

I somb-1990-1 vedtok administrasjonsutvalget i en kommune som personalpolitisk virkemiddel, at bare søkere fra det sentrale østlandsområdet skulle innkalles til intervju og eventuelt tilsettes. Unntaket fra denne regelen skulle bare skje der hvor en søker var spesielt kvalifisert. Kommunen uttalte at siktemålet var økonomiske og sysselsettingsmessige formål. Sivilombudsmannen uttalte at en slik praksis ikke var forenlig med kvalifikasjonsprinsippet. Kommunen kunne verken i forbindelse med selve

⁸⁷ Er derfor også et eksempel på at stabil arbeidskraft ikke bør tillegges vekt

utvelgelsen av søkere til intervju eller ved den endelige kvalifikasjonsvurderingen vektlegge slike formål.

Det kan også være at forvaltningen av rent økonomiske grunner velger å ikke ansette den arbeider som er best kvalifisert. I fremtiden vil det være langt flere eldre i befolkningen enn i dag. Dette tilsier derfor økt behov for helsepersonell i den offentlige sektor.⁸⁸

Det offentlige vil objektivt sett gjerne være interessert i å hold lønnsutbetalingene innenfor et rimelig nivå. En måte å spare på, kan være å innføre en ansettelsespraksis der en viss prosent av arbeidsstokken, skal være ufaglærte arbeidstakere istedenfor utdannet arbeidskraft. En annen måte å spare penger på kan være å ikke ansette personer som er overkvalifisert i forhold til de krav stillingen normalt fordrer eller søkere med lang ansiennitet. Dette kan skyldes at de får høyere lønn enn det stillingen skulle tilsi, da lønn ofte fastsettes etter utdannelse og ansiennitet i den offentlige sektor. Hvis det offentlige skulle vektlegge slike grunner for å fravike kvalifikasjonsprinsippet, så må disse betraktes som klart utenforliggende hensyn. Lønnsforholdene i det offentlige må reguleres ved hjelp av individuelle og kollektive avtaler. En kan ikke regulere lønnskostnadene ved en slik utvelgelse av søkere til en stilling.

4.6.6 Organisatoriske hensyn

Her tenker jeg på de tilfeller hvor forvaltningen foretar valg i ansettelsessprosessen på bakgrunn av hvordan det offentlige selv ønsker å organisere forvaltningen og de tjenestemenn som jobber der. Et tilfelle av dette har vi der en søker har søkt flere stillinger i etaten. Et eksempel på dette har vi i Somb-2005-26. En lærer hadde her søkt på flere utlyste lærerstillinger i en kommune og hadde samtidig opplyst hvilken av stillingene hun prioriterte. Læreren fikk ikke den jobben hun aller helst ville ha, selv om hun var best kvalifisert. Sivilombudsmannen presiserer her at siktemålet er å søke frem til den av søkerne som etter en helhetsvurderingen må anses **best** kvalifisert for **stillingen**. Sivilombudsmannen uttalte at: ” *kommunens avgjørelse om å tilby læren stillingen ved X ungdomsskole og ikke ved Norskundersvisningen, er tatt ut fra en helhetsvurdering.*

⁸⁸Jfr.Arbeidsmarkedsrapport(NAV)Nr.1-2006s.24-25

Kommunen har herunder lagt vekt på at det var størst bruk for læreren på ungdomsskolen. Det er bl.a. vist til at hun var den eneste som hadde kompetanse til å undervise i spansk, og at tilbud om spansk måtte utgå dersom hun ikke ble tilsatt”

Sivilombudsmannen hadde forståelse for ønsket om at kommunen fikk et best mulig kvalifisert undervisningspersonale ved alle skolene i distriktet. Formålet bak kvalifikasjonsprinsippet om å ansette den best kvalifiserte til stillingen, fordret allikevel at den aktuelle søker først måtte vurderes ut ifra sitt primære ønske, som var å jobbe ved Norskundervisningen. Det var i denne forbindelse ikke noe relevant hensyn å ta at A også hadde søkt en annen stilling.

I Somb-1992-3 gjaldt saken kobling av to utlyste 50% stillinger med vidt ulikt innhold. Den ene stillingen var som miljø- og plankonsulent, den andre som kontorassistent. Kommunen hadde opplyst i utlysningsteksten at det var ”høve til å søkje stillingen samla”. Dette forhindret likevel ikke at selve kvalifikasjonsvurderingen måtte vurderes i forhold til hver stilling. Kommunen ansatte her en søker som var kvalifisert til begge stillingen. Men til den ene stillingen fantes det en annen søker som var bedre kvalifisert. Ansettelsen ble sett på som et brudd på kvalifikasjonsprinsippet.

En annen variant av organisatoriske hensyn har vi i Somb-1967-13. Saken handlet her om tilsetning av budsjef ved et politikammer. Den som ble ansatt som den best kvalifisert ble ikke ansatt, da denne søkeren sto for tur til å bli forfremmet til kontorfullmektig 1. Den som ble ansatt, ble ansatt å ha svært begrensede muligheter for avansement. Tilsettingsmyndigheten argumenterte med at dette ville tjene etaten samt den enkelte tjenestemann best.

Sivilombudsmannen uttaler her: ” *Etter min mening kan det ved besettelsen av en stilling der kvalifikasjoner være avgjørende, neppe være berettiget ut ifra hensynet til søkeren selv å legge vekt på hvilke andre avansementsmuligheter de har.* ”

Det er klart at det må være opp til søkeren hvilke jobber en vil søke på. Det kan være at valget er begrunnet mer ut fra søkerens interesser enn evner eller karrieremuligheter.

Søkeren må kunne kreve å bli vurdert og dermed være med å konkurrere med andre søkere på de ledige stillinger som søkeren selv, av ulike grunner, finner mest interessante. Hvis det offentlige skulle få ta hensyn til slike rene organisatoriske forhold som nevnt, ville dette oppleves veldig urimelig og som myndighetsmisbruk.

4.6.7 Oppsummering

Konklusjonen på bakgrunn av den foreliggende praksis fra sivilombudsmannen, er at det skal mye til for å kunne ta ulike hensyn som er fordelaktig for arbeidsgiver, men som oppleves urimelig for den enkelte søker. Sivilombudsmannen synes å generelt uttrykke en restriktiv linje der hvor forvaltningen vil vektlegge hensyn basert på beveggrunner som går på tvers av kvalifikasjonsprinsippet. Der hvor en har tilnærmet kvalifikasjonslikhet bør forvaltningen ha større adgang til å kunne vektlegge ulike typer spesielle hensyn.

5 ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Et ansettelsesvedtak er et enkeltvedtak jfr.fvl.§2(2). Etter fvl.§3(2) gjelder ikke reglene om begrunnelse i §§24-25 og reglene om klage i §§28-34 for ansettelsessaker. Men fvl.§35(1)(2) og (5) om forvaltningens adgang til omgjøring får derimot anvendelse. Siden forvaltningen ikke har noen begrunnelsesplikt kan det være vanskelige å vite hvilket grunnlag forvaltningen har fattet sitt vedtak på. Det forutsettes videre i oppgaven at en har klare holdepunkter for at forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn i ansettelsesprosessen. Der det er tale om at forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn i ansettelsesprosessen blir dette ofte omtalt som tilblivelsesfeil.⁸⁹ Tilblivelsesmangler ved ansettelsesvedtak angår gjerne to (eller flere) søkere med motstridende interesser. I konkurransesituasjonen om stillingen vil det nødvendigvis være slik, at et positivt utfall for

⁸⁹Jfr.Eckhoff/smith, Forvaltningsrett(Oslo 2006)s.444-445

den ene vil være negativt for den (de) andre. Omgjøring etter fvl. §35(1)(a) får derfor ikke anvendelse da bestemmelsen ikke gjelder for vedtak som er til skade for en søker. Det forutsettes videre at alle søkerne har blitt underrettet om vedtaket på en slik måte at omgjøring etter fvl. §35(1)(b) er utelukket.

5.1.1 Fvl. §35(1)(c) ugyldige vedtak

Etter denne bestemmelsen kan forvaltningen etter en konkret vurdering omgjøre ansettelsesvedtaket dersom dette må anses ugyldig. Forvaltningen må alltid legge et objektivt ugyldighetsbegrep til grunn. Med objektivt ugyldighetsbegrep mener jeg at ansettelsesvedtaket er ugyldig i sin helhet dvs. for alle parter i saken.⁹⁰ Spørsmålet blir da hvilke vilkår en må oppstille for at ansettelsesvedtaket er ugyldig.

5.1.2 Ugyldighetsvurderingens to kumulative vilkår

Innvirkningsvilkåret

Feil i de faktiske eller rettslige premisser for skjønnnet kan bare føre til ugyldighet hvis de kan ha virket inn på avgjørelsens innhold.⁹¹ En sier gjerne at feil ved skønnsvurderingen må være såpass vesentlige at man må regne med at de kan ha utøvet innflytelse på avgjørelsen.⁹² Der ansettelsesmyndigheten har tatt utenforliggende hensyn må man nok som regel regne med at de kan ha virket inn.⁹³ Der ansettelsesvedtaket er fattet av kollegialt organ, er det ikke nødvendig at alle sammen har latt seg påvirke av utenforliggende hensyn. Det holder her at utenforliggende hensyn kan påvises hos så mange personer, at resultatet kunne blitt et annet, hvis disse hadde stemt annerledes.⁹⁴ Vilkåret om innvirkning er et nødvendig, men ikke et tilstrekkelig vilkår, for å konstatere at ansettelsesvedtaket er ugyldig. Det kreves noe mer.

⁹⁰ Motsetningen er subjektivt ugyldighetsbegrep (se pkt. 6.2.1)

⁹¹ Se f.eks. Rt-1965-712 (Georges-dommen) s. 716

⁹² Se Rt-1960-1374

⁹³ Echhoff/Smith, op.cit. s. 453

⁹⁴ Rt-1933-548 (Rådhusospitsdommen)

Interesseavveiningsvilkåret

Det er antatt at ugyldighetsbedømmelsen ved ansettelsesvedtak i tillegg må baseres på en avveining av de motstridende hensyn.⁹⁵ Her vil partenes interesser i utfallet og hvorvidt noen av dem er å bebreide være momenter i vurderingen. Hvis f.eks. ingen av søkerne er å bebreide, vil avveiningen ofte falle ut til fordel for den som har fått stillingen. At den som har fått stillingen, har innrettet seg etter den, bør særlig vektlegges når det beror på skjønnsmessige avveininger om den skal kjennes ugyldig. Dette gjelder blant annet hvor den best kvalifiserte søkeren til stillingen er blitt forbigått til stillingen pga. utenforliggende hensyn. Hvis feilen blir oppdaget før stillingen er tiltrådt, er det antatt at omgjøring etter fvl.§35(1)(c) ofte er forsvarlig. Etter at vedkommende har tiltrådt stillingen er derimot omgjøring mer betenkelig. Jo lengre tid som har gått før feilen gjøres gjeldene, desto mindre grunn er det til å tillate omgjøring.⁹⁶

5.1.3 Følgene av ugyldighet

Der hvor forvaltningen har kommet frem til at ansettelsesvedtaket er ugyldig må de enten omgjøre eller rathibere vedtaket. Omgjøring av et ansettelsesvedtak er å betrakte som et nytt enkeltvedtak jfr.fvl.§2(2). Den helhetsvurdering som må foretas ved en rathibasjon (som bebreidelse, tid, innrettelse etc.) har store likhetstrekk med vurderingen under selve ugyldighetsbedømmelsen.⁹⁷ Dette vil nødvendigvis medføre at få eller ingen ansettelsesvedtak vil kunne bli rathibert. Der forvaltningen kommer til at ansettelsesvedtaket er ugyldig plikter de derfor å omgjøre vedtaket. Plikten til å omgjøre ugyldige vedtak gjelder bare der hvor ugyldigheten er tålelig klar. Det må derfor kunne tas i betraktning hvor sikkert det er at domstolen ville vært enig i at det opprinnelige vedtak var ugyldig.⁹⁸

⁹⁵ Frihagen(Villfarelse og ugyldighet)s.402-437 og Echhoff/Smith(2006)op.cit.s.457

⁹⁶ Smith/Echhoff(2006)op.cit.s.458

⁹⁷ Eckhoff/Smith(2006)op.cit.s.466

⁹⁸ Jfr.Frihagen, Forvaltningsrett(III)s.39-41

5.1.4 Fvl. §35(5) Omgjøring etter uskrevne regler

Fvl. §35(5) gir anvisning på at omgjøring til skade for en part også i tilsettingssaker kan gjennomføres med hjemmel i ”alminnelige forvaltningsrettslige regler”. Dette er en henvisning til de uskrevne reglene som bare unntaksvis tillater at omgjøring skjer. At disse uskrevne omgjøringsreglene også får anvendelse ved ansettelsesvedtakene følger blant annet av Rt-1968-283.

En omgjøring etter de uskrevne regler avhenger av en interesseavveining mellom de offentlige hensyn som taler for en omgjøring og klagers interesse i å kunne innrette seg etter det opprinnelige vedtaket. Det må også kunne vektlegges i hvilken grad han/hun har innrettet seg, og i hvilken grad omgjøringen vil føre til ulemper for han/henne. Omgjøring etter uskrevne regler krever at de hensyn som taler for omgjøring veier vesentlig tyngre enn de hensyn som taler mot. Det er intet krav om at vedtaket må være ugyldig og underretting om tilsetting avskjærer her ikke nødvendigvis omgjøringsadgangen. Et relevant moment er hvor lang tid det er gått fra en blir underrettet om tilsettingsvedtaket og til omgjøring skjer. Har det gått meget kort tid kan dette tyde på at vedkommende ikke har innrettet seg på vedtaket i vesentlig grad.⁹⁹

At det er den best kvalifiserte søker som skal ansettes, er i stor grad begrunnet ut fra hensynet til det offentlige selv. Dette og andre offentlige hensyn må således veies opp mot vedkommendes interesse av å beholde stillingen.

Der hvor vedkommende ikke skulle ha noen grunn til å regne med at tilsetting ikke var endelig da han ble gjort kjent med vedtaket og innrettet seg deretter, kan det vanskelig hevdes at offentlige hensyn vil veie vesentlig tyngre enn vedkommendes interesse i å beholde stillingen.¹⁰⁰ Omgjøring av ansettelsesvedtak etter disse uskrevne regler er ofte lite praktisk da de offentlige hensyn, som taler for omgjøring sjelden vil ha en slik vekt som prinsippet krever.

⁹⁹ Eckhoff, JV-1981-37s.38

¹⁰⁰ Se: Somb-1995-23

Det kan imidlertid tenkes særskilte enkelttilfeller hvor denne ulovfestede omgjøringsrett likevel får anvendelse på ansettelsesvedtak. Et eksempel som kan tenkes er der vedkommende som fikk stillingen er spion for en utenlandsk stat eller tilknyttet en terroristorganisasjon e.l., eller det på annen måte er sådd alvorlig tvil om hvor tjenestemannens tillit ligger hen. Stillingens karakter får her betydning. Viktige offentlige hensyn som nasjonale sikkerhetsinteresser kan her tilsi at omgjøring kan skje. (Her kan det også tenkes at læren om bristende forutsetninger i avtaleretten kommer til anvendelse).

5.1.5 Erstatning for økonomisk tap - erstatningsbetingelsene

En forbigått søker kan kreve erstatning etter vanlige erstatningsrettslige prinsipper. For å oppstille erstatningsplikt må det foreligge et ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap.

5.1.6 Ansvarsgrunnlag

Forvaltningen **kan** for det første bli erstatningsansvarlig der de har fattet et ugyldig ansettelsesvedtak. I tillegg må dette også gjelde der hvor innvirkningsvilkåret av ugyldighetsvurderingen er oppfylt, men ikke interesseavveiningsvilkåret. Hvis det er tatt utenforliggende hensyn i favør søker A, kan dette føre til at A får stillingen fremfor B. Men interesseavveiningsvilkåret kan føre til at A likevel får beholde stillingen.¹⁰¹ Her bør ikke B stilles erstatningsrettslig dårligere enn der vi har å gjøre med et ugyldig ansettelsesvedtak.

Når det gjelder ansvarsgrunnlag er det ofte vært diskutert hvorvidt ansvarsgrunnlaget er å anse som subjektivt eller objektivt. Det følger av skadeerstatningsloven (LOV-1969-06-13-26)§2-1 bare gjelder for ansvar for skade som voldes ”forsettelig eller uaktsomt”, med andre ord kreves det subjektiv skyld. På den annen side utelukker ikke bestemmelsen at

¹⁰¹ Jfr. det objektive ugyldighetsbegrep (se pkt. 5.1.1). Retten kan likevel betrakte slike vedtak som ugyldig der de operer med et subjektivt ugyldighetsbegrep (Se pkt. 6.2.1).

praksis kan gi grunnlag for å bare legge et objektivt erstatningsgrunnlag til grunn. Det er uenighet i juridisk litteratur hva som er å anse som riktig. Bl.a. Frihagen og Smith synes å hevde at forvaltningen i de fleste tilfelle er objektivt.¹⁰² Hagstrøm derimot holder fast på at det dreier seg om et culpaansvar.¹⁰³ Ved ulovlig myndighetsutøvelse tyder høyesterettspraksis på at det er et objektivt ansvar.¹⁰⁴ I NAD-1986-654 kom retten til at ansettelsesvedtaket var ugyldig pga. utenforliggende hensyn. Retten uttaler her: ” *Etter sikker rett må Horten kommune være objektivt ansvarlig for tap A har lidt som følge av ugyldige vedtak* ”

Etter mitt skjønn burde hovedregelen (i likhet med regelen i likestillingsl.§17(1)) være et alminnelig objektivt ansvar der ansettelsesmyndigheten har vektlagt utenforliggende hensyn ved ansettelsesvedtaket.

Unntak gjelder der de utenforliggende hensyn er de samme som diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven har forbud mot. For å få erstatning her oppstilles det en culparegel jfr.diskrimineringsl.§14(3) og aml.§13-9(2). Dette kompenseres noe ved at bevisregelen er annerledes.¹⁰⁵

5.1.7 Årsakssammenheng

Det kreves årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og den feil som er begått. Det utenforliggende hensynet må være den nødvendige årsak til at søkeren ikke ble ansatt. Men dette er ikke alltid tilfelle der hvor ansettelsesmyndigheten rent faktisk har tatt utenforliggende hensyn. For det faktum at det har blitt tatt utenforliggende hensyn utelukker jo ikke at en ny uhildet vurdering ville ført til akkurat det samme resultat. Av denne grunn må alltid forvaltningen (eller domstolen) på bakgrunn av faktum i saken ta

¹⁰² Frihagen(Villfarelse og ugyldighet)s.485-514 og Forvaltningsrett(III)s.187-189, Smith, Organisasjoner i fiskeriforvaltningen(Oslo 1979)s.681-684

¹⁰³ Jfr.Hagstrøm, Offentligrettslig erstatningsansvar(Oslo 1987)s.41-109

¹⁰⁴ Jfr.Rt-1951-19, Rt-1957-86,Rt-1965-712,Rt-1973-460

¹⁰⁵ Se pkt.5.1.7

stilling til om en fullt ut saklig skjønnhetsvurdering ville ha resultert i at søker fikk stillingen. Hvis forvaltningen eller retten med en viss sannsynlighet kommer til at søkeren er urettmessig forbigått, vil en kunne tilkjenne erstatning. Hvilken sannsynlighetsgrad en her må kreve, er ikke gitt. Det må nok i hvert fall stilles høyere grad av sannsynlighet ved erstatning enn det første vilkår av gyldighetsvurderingen stiller (dvs. krav om at det har vært en viss mulighet for at feilen kan ha virket inn på ansettelsesvurderingen).¹⁰⁶ Hovedregelen i sivilprosessen når det gjelder kravet til bevisets styrke dvs. sannsynlighetsgrad, er at det mest sannsynlige faktum legges til grunn. Denne bør være veiledende som generell regel også for forvaltningen.¹⁰⁷ I Rt-1995-781 som gjaldt avslag på søknad om skjenkebevilling ble kravet til årsakssammenheng omtalt som ”rimelig sannsynlighetsovervekt”. Etter den forståelsen Høyesterett legger til grunn i P-pilledommen II(Rt-1992-64) innebærer rimelig sannsynlighetsovervekt det samme som sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁸ I Rt-2002-683 omtales vilkåret som ”sannsynlighetsovervekt”. For ansettelsessaker spesielt uttaler eksempelvis NAD-1988-1198 seg slik om sannsynlighetsgraden: ” For at søkeren skal kunne ha krav på erstatning må det være overvekt for at A ville ha blitt ansatt i stillingen hvis saksbehandlingen hadde vært korrekt”. Hensynet for å få flest mulige riktige avgjørelser taler også her for å kreve sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁹ På denne bakgrunn må det oppstilles krav om sannsynlighetsovervekt ved vurderingen om den forbigåtte etter den uhildet vurdering ville bli ansatt.

Hovedregelen ut fra de alminnelige prosessreglene går ut på at det er den som angriper en avgjørelse, som også har bevisbyrden. Saksøker som hevder ansettelsesmyndigheten av ulike grunner har handlet i strid med kvalifikasjonsprinsippet har derfor bevisbyrden. Etter aml.§13-8, diskrimineringsl.§10 og likestillingsl.§16 følger det at ved usaklige hensyn på dette området, gjelder spesielle regler om delt bevisbyrde. Hvis søkeren her kan etablere

¹⁰⁶ Jfr.Lange-Nielsen, LoR -1968-1, Frihagen(III)s.186-187

¹⁰⁷ Jfr.Rt-1999-14 og forvaltningskomiteens innstilling s208-210

¹⁰⁸ Lødrup, Erstatningsrett(Oslo 1999)s.320

¹⁰⁹ Jfr.Skoghøy, Tvistemål(Oslo 2002)s.675

en presumsjon for diskriminering, går bevisbyrden over på arbeidsgiver. Dette innebærer et styrket diskrimineringsvern på dette området enn der det er tale om utenforliggende hensyn som ikke rammes av disse lovreglene.

5.1.8 Økonomisk tap og erstatningsutmåling

Det siste vilkåret som må være oppfylt er at søkeren må ha lidt et økonomisk tap ved den urettmessige forbigåelsen. Men det er ikke alltid den forbigåtte søkeren lider noe økonomisk tap ved å ikke ha fått stillingen. Det kan f.eks. være at søkeren fra før av har en jobb med lik eller bedre lønn og med tilsvarende eller bedre fremtidsmuligheter. Der søkeren har lidt tap må dette tapet være adekvat/påregnelig. Saksøker har også en plikt til å begrense det tap hun har blitt påført ved å ikke bli tilsatt. Hvis hun ikke hadde arbeid da hun søkte stillingen må søkeren søke å skaffe seg annet arbeid.¹¹⁰ Erstatningsutmålingen reguleres av skl.kap.3. Skl.§3-1(1) regulerer hva erstatningen skal omfatte. Erstatning for tap i inntekt og framtid erverv fastsettes særskilt jfr.skl.§3-1(2). Tapt inntekt fordrer en sammenligningsvurdering. Dette blir en konkret sammenligning av forskjellen mellom den inntekt søkeren ville fått dersom han/hun fikk stillingen med den inntekt søkeren istedenfor har oppebåret fra annet hold jfr.skl.§3-1(3). Tap i fremtidig erverv er derimot en mer skjønnsmessig vurdering. Det å ikke bli ansatt kan eksempelvis få den konsekvens at den forbigåtte går glipp av verdifull praksis. Dette kan resultere i reduserte muligheter for den forbigåtte til å få liknende eller bedre jobber senere i livet.¹¹¹

6 DOMSTOLSBEHANDLING

I ansettelsesvedtak vil det offentlige ha en rettslig adgang til å utøve sitt diskresjonære skjønn ved vektleggingen av de momenter som inngår i kvalifikasjonsprinsippet. Dette

¹¹⁰ Jfr.NAD-1987-1075

¹¹¹ Se f.eks.NAD-1986-654

innebærer at forvaltningen f.eks. kan vektlegge praksis som mer kvalifiserende enn utdanning.¹¹² Domstolene kan likevel sensurere forvaltningens skjønn som er utslag av myndighetsmisbruk dvs. vedtak som er bygget på vilkårlige eller grovt/kvalifisert urimelig skjønn eller at det er tatt utenforliggende hensyn.¹¹³ Søksmålsbetingelsene i tvml.§54 må være oppfylt for at det er adgang til å få en fastsettelsesdom. Søksmålgjenstand og rettslig interesse er her vilkår som må være oppfylt. Ansettelsesvedtaket vil her utgjøre søksmålgjenstanden. Det forutsettes videre at alle prosessforutsetninger er oppfylt slik at det er adgang til å få ansettelsesvedtaket realitetsbehandlet. Det offentliges passive søksmålskompetanse er tildels omstridt i juridisk teori, noe som fordrer en behandling av dette.

6.1 Det offentliges passive søksmålskompetanse

I ansettelsessaker, der flere søkere konkurrerer om det samme rettsgode, er det i juridisk litteratur omtvistet hvorvidt det i ugyldighetstilfellene må oppstilles et krav til at også den som har fått stillingen må saksøkes. Hov mener at hovedregelen etter gjeldende rett utvilsomt er at når et krav kan rettes mot flere, så kan saksøkeren velge.¹¹⁴ Hov legger vekt på at denne hovedregel er forutsatt i Rt-1976-614 og i Rt-1991-1468 som begge er ansettelsessaker og ved Rt-1998-623. Skoghøy er av en annen oppfatning.¹¹⁵ Ved utredningen til ny tvistelov ble spørsmålet tatt opp og det ble foreslått en regel om tvunget prosess i offentligrettslige trepartsforhold (Tvistel.§1-5(2)). Selv om en slik regel fikk massiv støtte av høringsinstansene, fikk ikke dette gjennomslag.¹¹⁶ Etter min mening må rettssituasjonen anses avklart i og med Rt-1998-623 som uttaler:

”Hvorvidt en saksøker har rettslig interesse i å få dom for ugyldighet kun ovenfor det offentlige, eller om også den begunstigede tredjemann må søkes, vil bero på det krav

¹¹² jfr.ARD-1960-63 og ARD-1990-87

¹¹³ Se Boe, JV-1981-37

¹¹⁴ Jfr.Hov, Sivilprosess(Oslo 2000)s.153

¹¹⁵ Skoghøy, op.cit.s336-337

¹¹⁶ Jfr.Ot.prp.nr.51(2004-2005)pkt.11.7.5.5

saksøker gjør gjeldende, og om gjennomføringen av kravet vil medføre en endret rettslig situasjon for saksøkeren.”.

Saken handlet her om gyldigheten av et vedtak som fordelte en landbrukseiendom til A. B som ikke vant frem ovenfor forvaltningen, gikk til sak mot staten om vedtakets ugyldighet. Høyesterett kom her til at saken kunne fremmes, selv om tredjeperson ikke var saksøkt. Det ble vist til at en ugyldighetsdom ville medføre at forvaltningen fikk en plikt til å vurdere om ugyldigheten kunne gjøres gjeldende mot tredjeperson, og om vedtaket i så fall skulle omgjøres. Dette førte til en ”endret rettslig situasjon” for saksøkeren, noe som medførte at han hadde rettslig interesse i å få saken fremmet.

Skoghøy synes i en artikkel å skille mellom to typer trepartsforhold, slik at Rt-1998-623 ikke får noe anvendelse ved ansettelsesvedtakene.¹¹⁷ Slik jeg forstår dommen gir ikke denne uttrykk for å kunne oppstille et slikt skille. Dette synes å være lagt til grunn av departementet i ot.prp.nr.51(2004-2005)pkt.11.7.5.2 i fremstilling av gjeldende rett. Jeg kan heller ikke se noen særlige grunner for at ansettelsesvedtak bør stå i en annen rettslig stilling enn andre offentlige trepartsforhold, noe som også ser ut til å være departementet syn, se i ot.prp.nr.51(2004-2005)pkt.11.7.5.5. Tvisteloven er ikke trådt i kraft og den rettskildemessige vekt av disse forarbeidene kan sammenlignes med juridisk teori.¹¹⁸ Den høye juridiske ekspertise benyttet i forbindelse med lovforarbeidene tilsier likevel at det må være tale om et juridisk håndverk av høy kvalitet. Jeg har etter dette kommet til at det ikke er nødvendig å reise sak mot samtlige impliserte i saker om gyldigheten av forvaltningsvedtak som berører flere(”flerpartsforholdene).

¹¹⁷Jfr.Skoghøy, JV-2002-345

¹¹⁸ Eckhoff/Helgesen(Oslo 2000)op.cit.s.70

6.2 Følgene av en ugyldighetsdom

6.2.1 Rettsvirkningen der bare arbeidsgiver er saksøkt

En dom vil her ikke ha rettskraftvirkninger ovenfor andre enn sakens parter. Dette er ikke uttrykkelig fastslått i tvistemålsloven. Forarbeidene anså dette som unødvendig, men denne hovedregel kommer forutsetningsvis frem gjennom de bestemmelsene som uttrykkelig presiserer at en dom unntaksvis kan være bindende for tredjemann.¹¹⁹ En dom på ugyldighet vil ikke her få direkte rettsvirkning for den som er tilsatt i stillingen.¹²⁰

Selv om Høyesterett i Vaktmesterdommen ikke berører spørsmålet, må det være klart at en ugyldighetsdom her ikke kunne lede til at B, som ikke var part i saken, måtte vike fra sin stilling. Her ville en eventuell ugyldighetsdom bare hatt virkning mellom A og kommunen. Forvaltningen kan imidlertid opprette eller ansette den forbigåtte søker i en **tilsvarende** ledig stilling. Kvalifikasjonsprinsippet betinger likevel at stillingen lyses ut og at han må anses best egnet av samtlige søkere til stillingen. Det er imidlertid ikke alltid det finnes eller kan opprettes tilsvarende stillinger. Dette gjelder f.eks. for stillingen som administrasjonssjef i kommunen da man her ikke kan ha mer enn en stilling jfr.koml.§22nr.1. Hvis den som mener seg urettmessig forbigått får dom for at forvaltningsdommen er ugyldig, kan han få rett på erstatning, såfremt vilkårene for erstatning er oppfylt.

Rt-1998-623 oppstiller en plikt for forvaltningen til å vurdere gyldigheten av forvaltningsvedtaket og eventuelt omgjøre der hvor det er mulig etter fvl.§35(1)(c). Selv om forvaltningen har en plikt til å vurdere om det er grunn til å opprettholde det første ansettelsesvedtaket, er det ikke gitt at det offentlige vil innta samme standpunkt som domstolen. Selv om den som fikk stillingen ikke var part i dommen, vil han likevel ha partsstatus med rett til å uttale seg jfr.fvl.§2(1)(c)jfr.§16. Her kan det fremkomme nye opplysninger som ikke ble tatt hensyn til i domsgrunnene. Det er derfor alltid en mulighet for at forvaltningen kan komme frem til motsatt resultat enn domstolene.

¹¹⁹ Se:Gunleiksrud, JV-1995-65(s.81-82)

¹²⁰ Jfr.Rt-1962-122

Hvis retten først har kommet til at et ansettelsesvedtak er ugyldig vil rettens vurdering ofte ha stor betydning for når forvaltningen selv vurderer ugyldighetsspørsmålet. Men der retten, som i vaktmesterdommen, legger et subjektivt ugyldighetsbegrep til grunn, vurderer de bare om vedtaket om å ikke ansette saksøker, er ugyldig.¹²¹ Hvis en velger en slik fremgangsmåte kan retten vurdere ansettelsesvedtakets gyldighet separat for den som ble ansatt og den som ikke fikk stillingen. Retten vil her **bare** vurdere om selve innvirkningsvilkåret er oppfylt. Retten foretar ikke her noen interessevurdering som er nødvendig ved ugyldighetsvurderingen under fvl. §35(1)(c) og der retten selv benytter et objektivt ugyldighetsbegrep.¹²² Her vil ikke domsslutningen gi noe direkte uttrykk for rettstillingen til den som ble ansatt. Slike dommer har derfor liten eller ingen verdi for forvaltningen i forhold til vurderingen av interesseavveiningskriteriet.

Der forvaltningen kommer til at ansettelsesvedtaket er ugyldig blir det vanligvis ikke tale om rathibasjon.¹²³ Forvaltningen må derfor omgjøre vedtaket. Den som skulle miste sin stilling ved omgjøringsvedtaket kan selvfølgelig gå til sak om gyldigheten av selve omgjøringsvedtaket. Selv om dommen aldri har vært rettskraftig ovenfor tredjemann, forhindrer dette likevel ikke, at forvaltningen vil kunne bruke den tidligere dom som et vesentlig bevis i den nye saken. Uansett kan tredjemann få erstatning pga. den feil som forvaltningen gjorde ved den opprinnelige ansettelsen, såfremt erstatningsvilkårene er tilstede.

En forbigått søker kan også gå til sak **både** mot ansettelsesmyndigheten og mot den som har fått jobben. I et slikt tilfelle må situasjonen være slik at det ikke kan nedlegges lik påstand i de **to** sakene. Det kan i så fall nedlegges dom for at ansettelsesvedtaket er ugyldig i forhold til ansettelsesmyndigheten og påstand om at han skal fratre, mot den som har fått stillingen. Her er det ikke nødvendigvis gitt at en får igjennom sitt krav mot tredjepart selv

¹²¹ Se: Falch, op.cit.s.81

¹²² Se: pkt.5.1.1

¹²³ Se pkt.5.1.2

om en allerede har fått en ugyldighetsdom mot forvaltningen. Dette følger av at retten i saken mot den tilsatte, prejudisielt må ta stilling til om ansettelsesvedtaket er ugyldig. I tillegg kommer det forhold at retten i den første saken kan ha vektlagt et subjektivt ugyldighetsbegrep som bare fordrer at innvirkningskravet er oppfylt. Skal en få dom for at den tilsatte skal fratre stillingen, kreves det også at ansettelsesvedtaket må anses ugyldig i forhold til denne, noe som fordrer at også interesseavveiningsvilkåret er oppfylt.

6.2.2 Rettsvirkningen der både arbeidsgiver og den tilsatte er saksøkt

Her vil dom i favør den som mener seg forbigått, ha den konsekvens at ansettelsesvedtaket blir satt til side. Det finnes ingen høyesterettspraksis her, men det finnes underrettspraksis og juridisk teori.

I NAD-1986-151 var det tale om ansettelse av en kommunekasserer. Saksbehandlingen var ikke formelt sett mangelfull. Det var likevel overveiende sannsynlig at kommunen hadde vektlagt utenforliggende hensyn i ansettelsesprosessen. Tilsettingen av kommunekasserer var tett knyttet sammen med Rødøy kommune sitt ønske om å flytte kommunekassererkontoret fra Gjerøy til Tjongsfjord. Den forbigåtte var fra en familie tilknyttet Gjerøy. Dette ble av enkelte antatt å kunne vanskeliggjøre sentraliseringsbestrebelsene, noe som hadde virket inn ved ansettelsesvedtaket. Her ble det foretatt en interessevurdering. Momenter som var fremme i saken var blant annet at den som fikk stillingen allerede før tiltredelse ble underrettet om at han ville bli trukket inn i saken. Retten støttet seg også til juridisk litteratur. Retten viste til at Frihagen uttalte at partene bør regne med at et forvaltningsvedtak ikke er endelig før det er stadfestet av domstolene eller at det er på det rene at saken ikke bringes inn for domstolene.¹²⁴ Det ble også henvist til Andenæs som i en artikkel også tar forbehold om at den som med urette er ansatt må være i god tro.¹²⁵ Det ble også vektlagt at et ugyldig vedtak i forhold til den tilsatte heller ikke ville ramme han så hardt. Dette skyldtes at han bare hadde tatt permisjon

¹²⁴ Frihagen (Villfarelse og ugyldighet) s.410-411

¹²⁵ Andenæs, LoR-1962-14(s.16)

fra sin jobb i postvesenet og derfor hadde en jobb å gå tilbake til. Retten fant her at interesseavveiningen talte for å anse ansettelsesvedtaket ugyldig også i forhold til den tilsatte, slik at han måtte fratre stillingen. NAD-1986-697 er et annet eksempel. Her kom retten til at kommunalt administrasjonsutvalgs vedtak om ansettelse av kommunelege II var ugyldig, så vel overfor kommunen som overfor den som ble ansatt som kommunelege II. Samme fremgangsmåte ble her benyttet og dommen viser forøvrig til NAD-1986-151.

Det virker som om retten i begge dommene foretar to vurderinger. Først vurderes det om ansettelsesvedtaket er ugyldig i forhold til forvaltningen. Det anlegges således et subjektivt ugyldighetsbegrep hvor det bare kreves at innvirkningsvilkåret er oppfylt. Deretter vurderes det om ansettelsesvedtaket også er ugyldig i forhold til den som fikk stillingen, noe som fordrer at også interesseavveiningsvilkåret er oppfylt. I begge de dommene jeg viser til, blir ansettelsesvedtaket også ansett ugyldig i forhold til den som fikk stillingen med den konsekvens at personen måtte fratre stillingen. Dette må innebære at ansettelsesspørsmålet ikke anses avgjort. Forvaltningen må da foreta en ny ansettelsesvurdering hvis de fremdeles ønsker at stillingen skal være besatt. Hvem som vil bli ansatt vil da bero på den nye uhildede vurdering fra forvaltningen. Hvis den nye uhildede vurdering fører til at den som var ansatt mister jobben, vil dette kunne være grunnlag for erstatning, dersom de erstatningsmessige betingelser foreligger.

Siden retten først vurderer ugyldighetsspørsmålet i forhold til forvaltningen og deretter i forhold til den ”forbigåtte”, kan resultatet bli et annet enn de dommene jeg viser til. Det kan være retten bare kommer til at den er ugyldig i forhold til forvaltningen men ikke i forhold til den tilsatte. Det kan ikke her bli tale om omgjøring etter fv1.§35(1)(c). Den forbigåtte vil likevel kunne få erstatning

7 LITTERATURLISTE

7.1.1 Bøker med opptil 3 forfattere

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5.utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Rieber-Mohn. Oslo, 2004.

Bjørnaraa, Torgeir. *Norsk tjenestemannsrett*. Torgeir Bjørnaraa, Espen Gaard, Annette Selmer. Oslo, 2000.

Bernt, Jan Fridthjof. *Frihagens forvaltningsrett*, Bind I. Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen. Oslo, 2006.

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 8.utg. Torstein Eckhoff og Eivind Smith. Oslo, 2006.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2000

Engelsrud, Gerd. *Styring og vern*. 3.utg. Oslo, 2006.

Fleicher, Carl August. *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo, 1998.

Frihagen, Arvid. *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*. Oslo, 1966.

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett*, bind I. Oslo, 1991.

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett*, bind III. Oslo, 1992.

Hagstrøm, Viggo. *Offentlig erstatningsansvar*. (studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett). Oslo, 1987.

Hov, Jo. *Rettergang III: Sivilprosess*, Oslo, 2000

Hurwitz, Stephan. *Kriminologi*. København, 1968. Stephan Hurwitz og Karl. O. Christiansen.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4.utg. Oslo, 2006.

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 4.utg. Oslo, 1999

Skoghøy, Jens Edvin A. *Twistemål*. 2.utg. Oslo, 2001

Smith, Eivind. *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*. (fiskesalgslagenes rettsstilling, særlig om forvaltningsorganene og sammenslutninger), Oslo, 1979.

7.1.2 Bøker med mer enn 3 forfattere

Arbeidsrett.no. Helga Aune, Henning Jakhelln m/fl. 2.utg. Oslo, 2006

Statistisk årbok 2005. Statistisk sentralbyrå

7.1.3 Kapitler i bøker

Jakhelln, Henning. *Arbeidsretten*. I: Knophs oversikt over Norges rett. 11.utg. Oslo, 1998, s.580-617

7.1.4 Artikler

Andenæs, Johs. *Ombudsmannens kompetanse*, I. Lov og rett 1962 s.14-21

Bernt, Jan Fridthjof. *Erstatningsansvar for tap pga. feil ved offentlig myndighetsutøvelse*. I. Lov og rett 1980 s.607-624

Bernt, Jan Fridthjof. *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn. Et bidrag om forvaltningens diskresjonære kompetanse*. I. Tidsskrift for rettsvitenskap, 1978, s.241-347

Boe, Erik. *Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet*. I. Jussens venner 1981 s.37-57

Eckhoff, Torstein. *Omgjøring av forvaltning vedtak*. Referat ved stud.jur. Bjørn Eiden og Asbjørn Kjønstad. I. Jussens venner 1969 s.243-259

Falch, Ingvald. *Søksmålsinteresse i offentligrettslige trepartsforhold*. I. Lov og rett 1991 s.78flg.

Gunleiksrud, Stig. *Rettskraftens subjektive grenser i sivile saker*. Jussens venner, 1995, hefte nr.1/2 s.65-117

Lange-Nielsen, Trygve. *Fra rådhusdommen til Georgedommen- årsaksproblemet i erstatningssaker mot det offentlige*. I. Lov og rett 1968, s.1-30.

Skoghøy, Jens A. Edvin. *Passiv søksmålskompetanse i saker om andres offentligrettslige rettigheter og i saker om rettsgoder som flere konkurrerer om*. I. Jussens venner 2002 s. 345-359.

Smith, Eivind. *Lovlige og ulovlige hensyn ved ansettelse av offentlige tjenestemenn*. I. Lov og rett 1981 s.275-292

7.1.5 Studentavhandling

Tønder, Bård. *Saklige hensyn ved ansettelse i offentlig tjeneste*. Oslo, 1975

7.1.6 Rapporter

Rapport om arbeidsmarkedet nr.1/2006 utgitt av Aetat. Tilgjengelig på internett:

www.NAV.no

7.1.7 Forarbeider

Innstilling fra forvaltningskomiteen (utredning vedrørende spørsmålet om mer betryggende former for offentlige forvaltning). Trykt i Naper Boktrykkeri. Kragerø, 1958.

Ot.prp.nr.3 (1976-1977) Om lov om endring i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Ot.prp.nr.75 (1993-1994) Om endringer i forvaltningsloven mv.

Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)

Ot.prp.nr.104 (2002-03) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr.4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Ot.prp.nr.67 (2004-2005) Om lov om statens embets- og tjenestemenn.

St.prp.nr.11 (2003-2004) diskrimineringsvern mv.

NOU-2001-4 Helseopplysninger i arbeidslivet.

NOU-2003-2 Skjermet vern mot diskriminering i arbeidslivet

NOU-2004-5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst (Arbeidslivsutvalget).

7.1.8 Lover

1814 Kongerikets Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr.5

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 18. august 1915 nr.6

1917 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr.4

1962 Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannsloven) av 22. juni 1962 nr.8

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr.26

1971 Lov om strafferegistrering (strafferegistreringsloven) av 11. juni 1971 nr.52

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr.51

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr.3

1988 Lov om ferie (ferieloven) av 29. april 1988 nr.21

1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr.100

1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr.107

1995 Lov om barnehager (barnehageloven) av 5. mai 1995 nr.19

1995 Lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) av 12.mai 1995 nr.22

1995 Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995 nr.53

1998 Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1998 nr.61

2005 Lov om forbud mot diskriminering pga. etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr.3

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr.62

2005 lov om statens embets- og tjenestemenn m.m av 17.juni 2005 nr.103

(Opphevet)

2005 Lov om opphevelse av lov 17.juni nr.13 om statens embets- og tjenestemenn m.m av 21.desember 2005 nr.136

7.1.9 Forskrifter

FOR-2006-06-23-72 Forskrift til opplæringslova

FOR-2005-12-16-1509 Forskrift om politiattest i henhold til barnehageloven

FOR-1999-10-15-1090 Forskrift om politiattest i henhold til barnevernloven

FOR-1998-11-21-13 Forskrift om partsoffentlighet i saker om tilsetting i den offentlige forvaltning.

FOR-1974-12-20-4 Forskrift om strafferegistrering

7.1.10 Rettspraksis fra Høyesterett

Rt-2002-683

Rt-2001-418

Rt-1999-14

Rt-1998-623

Rt-1992-64 (P-pilledom II)

Rt-1991-1468

Rt-1988-20

Rt-1985-78

Rt-1976-614 (Vaktmesterdommen II)

Rt-1973-460

Rt-1968-283 (Vaktmesterdommen I)

Rt-1965-712 (Georges-dommen)

Rt-1962-122

Rt-1960-1374

Rt-1957-86

Rt-1951-19

Rt-1933-548 (Rådhuspitsdommen)

7.1.11 Øvrig norsk rettspraksis

RG-2001-1040 (LH-2000-560) (Hålogaland lagmannsrett)

LB-1998-3504 (Borgarting lagmannsrett)

LB-1996-62 (Borgarting lagmannsrett)

LE-1994-720 (Eidsivating lagmannsrett)

NAD-1988-1198 (Ringerike herredsrett)

NAD-1987-1075 (Eidsivating lagmannsrett)

NAD-1986-697 (Alstahaug herredsrett)

NAD-1986-654 (Horten byrett)

NAD-1986-151 (Salten herredsrett)

NAD-1981-83-786 (Eidsivating lagmannsrett)

ARD-1990-87 (Arbeidsretten)

ARD-1960-63 (Arbeidsretten)

7.1.12 Internasjonal rettspraksis

Sak C-407/98 Abrahamson og Anderson vs. Fogelquist

Sak C-109/88 Danfoss

7.1.13 Sivilombudsmannens praksis

Somb-1967-11 (1967 s.28)

Somb-1967-13 (1967 s.31)

Somb-1969-45 (1969 s.84)

Somb-1973-11 (1973 s.34)

Somb-1976-1 (1976 s.13)

Somb-1977-83 (1976 s.165)

Somb-1978-8 (1978 s.21)
Somb-1980-4 (1980 s.19)
Somb-1982-1 (1982 s.17)
Somb-1986-2 (1986 s.25)
Somb-1990-1 (1990 s.27)
Somb-1992-3 (1992 s.26)
Somb-1995-23 (1995 s.108)
Somb-1997-30 (1997 s.129)
Somb-1997-32 (1997 s.136)
Somb-1999-41 (199 s.164)
Somb-2000-4 (2000 s.22)
Somb-2000-18 (2000 s.97)
Somb-2000-19 (2000 s.100)
Somb-2000-20 (2000 s.103)
Somb-2001-25 (2001 s.138)
Somb-2004-17 (2004 s.93)
Somb-2005-5 (2005 s.22)
Somb-2005-20 (2005 s.120)
Somb-2005-26 (2005 s.134)